الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي - دراسة مقارنة مع القانون الأردني

"The Agreement for Exemption from Compensation under the Kuwait Civil Law. Comparative study with the Jordanian Law"

إعداد الطالب

ناصر متعب بنيه الخرينج

بإشراف الدكتور

مهند ابومغلي

قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة
الماجستير في القانون
تخصص القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

آب / ٢٠١٠

تفويض

أنا ناصر متعب بنية الخرينج أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً والكترونياً للمكتبات أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الإسم : ناصر متعب بنية الخرينج

التاريخ:

التوقيع:.............................

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها

الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي – دراسة مقارنة مع القانون الأردني

وأجيزت بتاريخ : ٢٠١٠/٧/٢٨

أعضاء لجنة المناقشة (في حالة الإشراف المنفرد):

أعضاء اللجنة		التوقيع
الدكتور : وليد هويمل عوجان	رئيساً	
الدكتور : مهند عزمي أبو مغلي	مشرفاً وعضواً	
الدكتور : علاء عبابنة	عضواً خارجياً	

شكر وتقدير

إلى أستاذي الدكتور

مهند أبو مغلي

عرفاناً بالجميل لإرشاداته وتوجيهاته القيمة أثناء إشرافه على إنجاز هذه الرسالة.

وإلى أساتذتي عطوفة عميد الكلية والسادة لجنة المناقشة الأكارم وزملائي تقديراً لمساعدتهم المقدمة لي من أجل إعداد وإنجاز هذه الرسالة.

إهداء

إلى والديّ اللذين كانا النبراس الذي أضاء لي طريق العلم حتى وصلت إلى ما أنا فيه وأنجزت هذه الرسالة.

أهدي هذا الجهد المتواضع

قائمة المحتويات

ملخص الرسالة

يسلط هذا البحث الضوء على القواعد القانونية التي تنظم الاتفاق على الاعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي بالمقارنة مع القانون المدني الأردني، ويتضمن الفصل الأول فيه مقدمة الدراسة، موضحاً فيها الهدف من البحث وأهميته، ويبين الفصل الثاني منه، ماهية التعويض وأنواعه وطرقه خصائصه، كما يميز هذا الفصل بين نظام شروط الإعفاء من المسؤولية وغيره من النظم المشابهة. وتعالج الفصول التالية من الرسالة الشروط الواجب توافرها لصحة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية، سواءً أكانت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية، كما تعالج الآثار المترتبة على الاتفاق من الإعفاء من المسؤولية.

ويخلص البحث في الفصل الأخير وهو الخاتمة إلى مجموعة من النتائج، من أهمها، جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، وعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، سواءً في القانون المدني الكويتي أو القانون المدني الأردني.

وتوصي الرسالة بالنص في القانون المدني الكويتي بعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، سواءً وقع من المدين أو من مساعديه، كما أوصت الرسالة بالنص صراحةً على بطلان جميع شروط الإعفاء من المسؤولية حينما يقع الضرر على جسم الإنسان.

Summary of the thesis

This thesis highlights the legal provisions of the agreement on exemption of compensation in Kuwaiti civil code and Jordanian civil code the first chapter Serves as an introduction explaining the research objectives its importance then the Second chapter explains definition of compensation and types methods and Characteristics this chapter also includes a distinction between the requirements of Exemption from liability and other similar systems the following chapters deal with Of the required condition for truth of the agreement on exemption from liability Weathers the contractual liability on the negligence liability and also deal with the Effects of the exemption from liability.

Research of the final chapter which server as a conclusion brings out a set of results

For example the agreement on the exemption from contractual liability is possible and agreement on the exemption from negligence liability should not be allowed

This thesis recommends mentioning in the Kuwaiti civil code that it is not the permissible to agree on the exemption from liability in the case if fraud or serious mistake either undertaken by the debtor or on of his helpers it also recommend the Kuwaiti legislature explicitly stress the invalidity of all the requirements for exemption from liability when damage occurs on the human body

الفصل الأول

مقدمة الدراسة

أولاً – تمهيد:

التعويض هو جبر الضرر، فهو يتقرر إثر إلحاق الضرر بالغير نظراً لما يسببه ذلك الضرر من مساس بحالة المضرور التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وما يترتب على ذلك من نتائج وآثار مالية وغير مالية، لذلك فالمقصود بالتعويض تصحيح التوازن الذي اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه، وذلك بإعادة المضرور، على حساب المسؤول الملتزم بالتعويض، إلى الحالة التي كان مفروضاً أو متوقعاً أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار. فالتعويض هو جزاء ومقابل الضرر الذي أصاب المضرور، ولما كان الضرر يتمثل في الاعتداء على حق أو مصلحة للمضرور وأثر للمسؤولية فإن التعويض يتمثل بالتالي في إزالة أثر الاعتداء على حق أو مصلحة للمضرور(١).

والتعويض هو جزاء توافر أركان المسؤولية(٢) وهو النتيجة الحتمية لقيام المسؤولية المدنية، حيث أن المضرور عند قيام المسؤولية المدنية – يسعى إلى الحصول على تعويض من الأضرار التي لحقت به –(٣).

والتعويض في القانون المدني إما تعويض عيني، وهو يتمثل في إصلاح الضرر بإزالة مصدره من الأصل كأن يقدم المسؤول للمضرور سيارة بدل السيارة التالفة، وكأن يلتزم الطبيب الذي جرح شخصاً بعلاجه، وكأن يرد المغتصب الأشياء التي اغتصبها(٤) وإما تعويض نقدي، وهو الذي يغلب الحكم به في دعاوي المسؤولية التقصيرية فإن كل ضرر يمكن تقويمه بالنقد، ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني ولا

---

(١) أبو الليل، ابراهيم الدسوقي، ١٩٩٥م، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، جامعة الكويت، الكويت، ص١٣.

(٢) عابدين، محمد أحمد، ٢٠٠٢م، التعويض بين الضرر المادي والأدبي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص١٥٩.

(٣) الدريعي، سامي عبد الله، ٢٠٠٢م، بعض المشكلات التي يثيرها التقدير القضائي للتعويض، مجلة الحقوق- العدد (٤)، السنة (٢٦)، جامعة الكويت، الكويت، ص٧١.

(٤) الجمال، مصطفى محمد، دون تاريخ نشر، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ص٦٤٠.

يرى القاضي فيها سبلاً إلى تعويض غير نقدي، يحكم بتعويض نقدي(١).

ويثير التعويض مشاكل في تقديره، فتتعدد طرق تقدير التعويض، فهناك التقدير الموضوعي، والتقدير الواقعي للضرر، والتقدير الكامل، والتعويض العادل(٢).

والأصل أن يتم التعويض بمعرفة القاضي وهذا هو التعويض القضائي. غير أن القانون قد يتدخل ويحدد قدر التعويض، فنكون عندئذ بصدد التعويض القانوني وأخيراً قد يتم تقدير التعويض بالاتفاق بين المضرور والمسؤول، فيكون التعويض اتفاقياً(٣).

ويتميز التعويض بخاصتين هامتين هما أنه يقوم على الردع، وعلى الإصلاح.

والمسؤولية المدنية الموجبة للتعويض، تكون مسؤولية عقدية، أو مسؤولية تقصيرية، فالمسؤولية العقدية منشأها العقد، والمسؤولية التقصيرية مصدرها القانون، فالمسؤولية العقدية تنشأ عن الإخلال بما التزم به المتعاقد. أما المسؤولية التقصيرية فهي التي تترتب على ما يحدثه الفرد من ضرر للغير بخطئه(٤).

وتقوم المسؤولية المدنية بتوافر أركانها الثلاثة الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وإذا انتفى ركن من أركان المسؤولية المدنية، سقطت المسؤولية، وسقط الحق في التعويض.

والتساؤل في هذه الدراسة حول جواز الاتفاق على الإعفاء من التعويض قبل تحقق المسؤولية؟

والإجابة أنه لا توجد قيود على الاتفاق على التعويض بعد قيام المسؤولية، أياً كان مصدرها، فالطرفان المضرور والمسؤول يمكنهما الاتفاق بعد وقوع الضرر على قدر التعويض المستحق، وكذلك يمكنهما الاتفاق على نوعه وكيفيته، وطريقة الوفاء به؛ بل يجوز للمضرور وقد ثبت حقه في التعويض، أن يعفى المسؤول منه كلياً أو جزئياً.

---

(١) النجار، عبد الله مبروك، ٢٠٠١-٢٠٠٢م، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢٧٥.

(٢) انظر طرق تقدير التعويض، أبو الليل ، إبراهيم الدسوقي، المرجع سابق، ص٣٧-٥١.

(٣) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، ١٩٩٨م، المسؤولية المدنية والاثراء دون سبب، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ص٢١٠.

(٤) عامر، حسين وعامر، عبد الرحيم، ١٩٧٩م، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، القاهرة، ص١١.

أما قبل قيام المسؤولية، وحيث لا يكون حق المضرور في التعويض قد ثبت بعد، ونظراً لتعلق أحكام المسؤولية التقصيرية بالنظام العام، فلا يجوز للضار أن يتفق مع المضرور على إعفائه منه كلياً أو جزئياً وإلا وقع مثل هذا الاتفاق باطلاً، لذلك قررت المادة (٢٥٤) مدني كويتي على أنه: ((يقع باطلاً كل اتفاق يبرم قبل قيام المسئولية عن العمل غير المشروع ويكون من شأنه أن يعفى منها كلياً أو جزئياً))(١).

وتنص المادة ٢٧٠ من القانون المدني الأردني على أن: ((يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المدنية على الفعل الضار)).

وهناك شروط لصحة الاتفاق على الإعفاء من التعويض، كما أن هناك قيوداً تشريعية وقضائية على صحة شروط الإعفاء، فقد يتدخل المشرع في بطلان شروط الإعفاء في بعض أنواع العقود، كما يتدخل القضاء في إبطال الشروط التي تتضمنها عقود الإذعان.

كما تعالج هذه الدراسة الآثار المترتبة على اتفاقات الإعفاء.

لذلك فإن هذه الدراسة تثير العديد من المسائل الدقيقة الخاصة بكيفية الاتفاق على الإعفاء من عدم تحققه والآثار المترتبة على هذه الاتفاقات.

ثانياً – مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في أن المشرع الكويتي يعترف بحق الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، ولا يجيز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية.

وإذا كان ذلك فهل يجيز الاتفاق على الإعفاء من التعويض في المسؤولية التقصيرية، كأن يتفق على مقدار التعويض عند تحقق قدر من المسؤولية؟

وستعالج هذه الدراسة بعض الأمثلة التطبيقية التي من خلالها نوضح موقف المشرع الكويتي والقضاء

(١) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص٣١٥.

الكويتي من هذا الموضوع، وكذلك موقف المشرع الأردني.

ثالثاً – هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان وتوضيح موقف القانون المدني الكويتي والقانون المدني الأردني من اتفاقات الإعفاء من التعويض قبل تحقق المسؤولية، سواءً أكانت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية وما الشروط الواجب توافرها لصحة هذه الاتفاقات؟

رابعاً – أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في أنها تتناول موضوعاً هاماً وجوهرياً في واقع الحياة اليومية للناس، حيث تحدث الأضرار يومياً ويترتب عليها قيام المسؤولية والحق في المطالبة بالتعويض.

فهل الحق في المطالبة بالتعويض قابل للاتفاق للإعفاء منه، وإلى أي مدى يمكن أن يتحقق، فإذا كان يمكن الاتفاق على الإعفاء في المسؤولية العقدية، فهل يجوز الاتفاق عليه في المسؤولية التقصيرية، وإذا وقع هذا الاتفاق هل يكون باطلاً أم صحيحاً؟

كما أن موضوع الدراسة لم ينل الأهمية الخاصة في دراسات سابقة في دولة الكويت وإن كانت أشارت إليه بعض الكتب القانونية بطريقة مختصرة جداً.

وتحاول هذه الدراسة أن تحدد المدى الذي يمكن الاتفاق فيه على الإعفاء من التعويض.

خامساً – أسئلة الدراسة:

يثير موضوع الاتفاق على الإعفاء من التعويض التساؤلات الآتية:

- متى يتحقق التعويض؟ وما طرقه؟
- ما الخصائص التي يتميز بها التعويض؟ وما أنواعه؟
- ما المميزات التي تميز نظام الإعفاء من التعويض مع غيره من النظم المشابهة؟

- ما شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية؟

- ما شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية إن وجدت؟

- ما الآثار المترتبة على الإعفاء من المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية؟

- ما القيود التشريعية والقضائية الطارئة على مبدأ شروط الإعفاء من المسؤولية؟

سادساً – حدود الدراسة:

تنحصر هذه الدراسة وهي موضوع الاتفاق على الإعفاء من التعويض، في التعرف على ماهية التعويض وخصائصه وطرقه وأنواعه، كما تقتصر هذه الدراسة على تناول شروط صحة الاتفاق على الإعفاء من التعويض، سواءً أكانت المسؤولية التي تحققت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية، كما تتناول أثر هذه الاتفاقات من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص في القانون الكويتي والقانون الأردني.

كما تتناول هذه الدراسة القيود التشريعية والقضائية الواردة على صحة هذه الاتفاقات.

سابعاً – الدراسات السابقة:

١ – دراسة: (إسماعيل محمد علي المحاقري)[١] بعنوان الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني، مقارناً بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية، ١٩٩٦م.

تناولت هذه الدراسة وهي رسالة دكتوراه الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني، مبينةً حالات الإعفاء من المسؤولية المدنية في هذا القانون بالمقارنة مع القانون المدني المصري وأحكام الشريعة الإسلامية، وقد خصصت هذه الدراسة القسم الثاني منها لموضوع: الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية المدنية، فتناولت في الباب الأول، ماهية شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية والتمييز بينها وبين النظم المشابهة، فعرضت في الفصل الأول للصور المختلفة لشروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية ومشكلة قبولها. وعرض

(١) المحاقري، إسماعيل محمد علي، ١٩٩٦م، الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني مقارناً بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية، ص٣٣، د. ن، د. م.

في هذا الفصل أيضاً لمميزات أو محاسن شروط الإعفاء والمساوئ المترتبة عليها.

وتناولت هذه الدراسة في الفصل الثاني من الباب الأول، التمييز بين نظام شروط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية وغيره من النظم المشابهة.

ثامناً – خطة الدراسة:

إن موضوع الاتفاق على الإعفاء من التعويض له أهمية من حيث مدى صحة الاتفاقات على الإعفاء من التعويض، وما الشروط التي يجب أن تتوافر لتحقق صحة الاتفاق، كما تتمثل أهمية الموضوع في التعرف على مدى تدخل المشرع والقضاء في تحقق هذه الاتفاقات من عدمه.

ولغرض الإحاطة بموضوع الدراسة من مختلف جوانبه بصورة واضحة وملية، فقد قام الباحث بتقسيم الدراسة إلى خمسة فصول، تم تخصيص الفصل الأول لمقدمة الدراسة، خصص الفصل الثاني للتعرف على ماهية التعويض والتمييز بين نظام شروط الإعفاء من المسؤولية وغيره من النظم المشابهة.

وتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، خصص المبحث الأول لماهية التعويض وأنواعه وخصائصه وطرقه وذلك في مطلبين.

والمبحث الثاني تم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، يعرض الباحث في المطلب الأول، التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية وشروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية. وفي المطلب الثاني: التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية وشروط إعفاء المتعاقدين من الالتزام الناشئ عن العقد وفي المطلب الثالث: التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية والتأمين من المسؤولية.

وتم تخصيص الفصل الثالث لعرض فكرة الإعفاء من التعويض في المسؤولية العقدية في القانون المدني الكويتي: وسوف يتم التعرف في هذا الفصل على هذه الفكرة من عرض لعناصر الفكرة والمتمثلة في التعرف على ماهية الإعفاء من المسؤولية العقدية وشروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، سواءً من حيث الموضوع أو من حيث الأشخاص.

وفي الفصل الرابع تعرض فكرة الإعفاء من التعويض في المسؤولية التقصيرية، ويتم عرض عناصر هذه الفكرة من خلال مبحثين، أتناول في المبحث الأول، ماهية الإعفاء من المسؤولية التقصيرية وشروط الإعفاء منها وذلك في مطلبين، ثم أتناول في المبحث الثاني، للقيود التشريعية والقضائية الطارئة على مبدأ صحة شروط الإعفاء من المسؤولية، وذلك في ثلاثة مطالب، أعرض في المطلب الأول: بطلان شروط الإعفاء في حالات الضرر الجسماني. وفي المطلب الثاني أتناول مدى تدخل المشرع في بطلان شروط الإعفاء من بعض العقود، وفي المطلب الثالث، مدى تدخل القضاء في إبطال الشروط التي تتضمنها عقود الإذعان.

وفي الفصل الخامس سوف يتم عرض نتائج البحث وتوصياته في خاتمة الرسالة.

الفصل الثاني

التعويض والتمييز بين نظام شروط الإعفاء

من المسؤولية وغيره من النظم المشابهة

يقول أحد فقهاء الإسلام[١] عن التعويض أنه جبر الضرر الذي لحق بالغير مبيناً ذلك في الآتي:

"إن الجوابر مشروعة لاستدراك المصالح الفائتة، والزواجر مشروعة لدرء المفاسد المتوقعة، ولا يشترط فيمن وجب في حقه الجابر أن يكون آثماً، ولذلك شرع الجبر مع العمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان"....... فالجوابر تقع في العبادات والنفوس والأعضاء ومنافع الأعضاء، والجراح والأموال والمنافع.... وأما جوابر الأموال، فالأصل أن يؤتى بعين المال مع الإمكان، فإن أتى به كامل الذات، والصفات بريء من عهدته، أو ناقص الأوصاف جبر بالقيمة؛ لأن الأوصاف ليست مثلية، إلا أن تكون الأوصاف تخل بالمقصود من تلك العين خللاً كثيراً، فإنه يضمن الجملة عندنا[٢].

وإذا كان التشريع الإسلامي أباح التعويض في كل مايتعرض له الإنسان من أضرار، فقد أقر القانون الوضعي أيضاً حق الإنسان في التعويض عما يصاب به من أضرار.

وهناك أنواع للتعويض في الفقه الإسلامي وكذلك في القانون الوضعي، كما أكد القانون أيضاً طرقاً متعددة للتعويض.

ونتناول هذا الفصل في مبحثين:-

المبحث الأول: ماهية التعويض وأنواعه.

المبحث الثاني: التمييز بين نظام شروط الإعفاء من المسؤولية وغيره من النظم المشابهة.

---

(١) القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، أنوار البروق في أنواع الفروق، الفرق التاسع والثلاثون بين قاعدة الزواج وبين قاعدة الجوابر، ٢/٣٣٩، الجزء الثاني، الباب السابع، ص٣٠١.

(٢) القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، المشهور بالقرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ، الجزء الأول، دار الصباء الكتب العربية، القاهرة، ص٢١٣، ٢١٤.

المبحث الأول

ماهية التعويض وانواعه

وأتناول هذا المبحث في مطلبين، أعرض في المطلب الأول، للتعريف بالتعويض وطرقه، ثم أعرض في المطلب الثاني للخصائص التي يتميز بها التعويض وأنواعه.

المطلب الأول

تعريف التعويض وطرقه

التعويض هو الأثر الطبيعي لتحقق المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الغير، سواءً أكانت هذه المسؤولية عقدية أم تقصيرية.

وهناك طرق لتعويض المضرور عما أصابه من ضرر، فقد يكون التعويض عينياً أو مثلياً أو قيمياً.

الفرع الأول

تعريف التعويض

التعويض في اللغة:

يعني التعويض في اللغة: العوض بمعنى البدل، نقول عضت فلاناً وأعضته، إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، والاسم العوض المستعمل التعويض، ويعوض منه واعتاض، أخذ العوض، واعتاضه منه واستعاضه وتعوضه كله بمعنى: سأله العوض، ونقول اعتاض فلان إذا جاء طالباً للعوض، وعاضه، أصاب منه العوض. (١)

(١) مادة عوض، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، ط٣، ص١٨٨، انظر أيضاً: الرازي، الامام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، ١٩٩٥م، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، ص١٩٣، انظر أيضاً: الفيومي، أحمد بن محمد بن على الفيومي المقري، ٢٠٠١م، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، ص٢٢٦.

أما الفقه الإسلامي القديم[1] فلم يتعرض لتعريف التعويض كما يعبر عنه فقهاء القانون، ولكنه استعمل لفظ الضمان بدل التعويض[2].

وعرف الشوكاني الضمان بقوله: ((الضمان عبارة عن غرامة التالف))[3].

وعرف الكاساني الضمان بأنه: ((إيجاب مثل التالف إن أمكن أو قيمته لاغياً للضرر بقدر الإمكان))[4].

وعرفت المادة (٤١٥) من مجلة الأحكام العدلية والتي كان يعمل بها في الكويت قبل صدور القانون المدني الضمان بقوله: ((الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات))[5].

ويعرف أحد فقهاء الفقه الإسلامي المحدثين التعويض بقوله ((التعويض يشمل الأضرار الواقعة على النفس الإنسانية المقدر فيها كالديات وغير المقدر كالأروش مما يدخل في المسؤولية الجنائية، كما يشمل الأضرار المالية ضمن العقود مما يدخل في نطاق المسؤولية العقدية، كما يشمل الأضرار المالية في غير دائرة العقود كالإتلافات والغصب مما يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية))[6].

إذن التعويض هو جبر الضرر الذي يصيب الغير في نفسه أو ماله.

التعويض في القانون:

المقصود بالتعويض، جبر الضرر الذي لحق المضرور، وهو يختلف في ذلك عن العقوبة لأن هذه يقصد بها مجازاة الجاني على فعلته وردع غيره. ويترتب على هذا الفرق تقدير التعويض بقدر الضرر، في حين أن

(١) المحمصاني، صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ١/٢٥/٢٩.

(٢) بوساق، محمد بن المدني ، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار أشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤١٩هـ، ص١٥٠، انظر أيضاً د. زكي زكي حسين زيدان، ٢٠٠٤م حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،.

(٣) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد الشوكاني الصنعاني، ميل الاوطار، ج٥، ص٣٢٦.

(٤) الكاساني، علاء الدين أبي بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجمالية، القاهرة، ١٣٢٨هـ، ج٧، ص١٨٦.

(٥)علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار العلم للملايين، بيروت.

(٦) زيدان، زكي زكي حسين، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس، المرجع السابق، ص٢٦.

العقوبة تقدر بقدر خطأ الجاني ودرجة خطورته[١].

ويقول آخر أن التعويض هو جبر الضرر، فهو يتقرر إثر إلحاق الضرر بالغير نظراً لما يسببه ذلك الضرر من مساس بحالة المضرور التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وما يترتب على ذلك من نتائج وآثار مالية وغير مالية. لذلك فالمقصود بالتعويض تصحيح التوازن الذي احتل وأهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه، وذلك بإعادة المضرور على حساب المسؤول الملتزم بالتعويض، إلى الحالة التي كان مفروضاً أو متوقعاً أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار، فالتعويض هو جزاء ومقابل الضرر الذي أصاب المضرور، ولما كان الضرر يتمثل بالتالي في إزالة أثر الاعتداء على حق أو مصلحة للمضرور[٢].

ويربط البعض بين التعويض وبين أركان المسؤولية المدنية (الخطأ – الضرر – علاقة السببية)، بقوله أن: جزاء توافر أركان المسؤولية هو التعويض[٣].

ويؤكد البعض الآخر هذا الاتجاه بقوله: إذا وقع العمل غير المشروع مستوفياً أركانه على نحو ما قرره الفقهاء ، فإنه يترتب عليه حق المعتدي عليه في تعويض هذا الضرر[٤].

ولا شك أن التعويض هو النتيجة الحتمية لقيام المسؤولية المدنية، حيث إن المضرور عند قيام المسؤولية المدنية، يسعى إلى الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به. فالتعويض عن الضرر يجب أن يكون تعويضاً كاملاً[٥].

ويقول البعض إن التعويض بالمفهوم التقليدي هو جزاء الانحراف الحادث في السلوك الذي سبب ضرر للغير، وبالتالي يجب أن يتحمل المسؤول في ذمته بكل نتائج هذا الانحراف أي بتعويض كل الأضرار التي

---

(١) مرقس، سليمان، العقد والعمل غير المشروع، د.م، د.ن، د.ت، ص١٣٧.

(٢) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، ١٩٩٥م، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، جامعة الكويت، الكويت، ص١٣.

(٣) عابدين، محمد أحمد، ٢٠٠٢م، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص١٥٩.

(٤) النجار، عبد الله مبروك، ٢٠٠١ – ٢٠٠٢م، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢٧٢.

(٥) الدريعي، سامي عبدالله، ديسمبر٢٠٠٢م، بعض المشكلات التي يثيرها التقدير القضائي للتعويض، مجلة الحقوق– العدد الرابع– السنة السادسة والعشرون، جامعة الكويت، الكويت، ص٧١.

لحقت بالمضرور وذلك عن طريق التعويض الكامل(١).

يتضح من التعاريف السابقة، أن التعويض هو جزاء تحقق المسؤولية؛ أي أنه النتيجة الطبيعية لتحمل المسؤول قيمة الضرر الذي ألحقه بالمضرور، وليس المقصود بالقيمة هنا القيمة النقدية فقط؛ بل إزالة الضرر إذا أمكن عن طريق إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، أو بالتعويض المثلي أو بالتعويض القيمي.

وإذا كان الفقه الإسلامي يأخذ بإزالة الضرر حتى مع عدم وجود خطأ طبقاً للقاعدة الشرعية ((الضرر يزال))، فإن القانون المدني الكويتي لا يعترف بذلك، فلا بد من وجود خطأ وضرر وعلاقة السببية لقيام المسؤولية التي بناءً عليها يمكن تقرير التعويض في حق المسؤول عن الضرر. وقضت محكمة التمييز الكويتية أنه ((في العقود الملزمة للجانبين إذا قعد أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه التعاقدي فإن ذلك يرتب تعويضاً للطرف الآخر المضرور نتيجة الإخلال بهذا الالتزام))(٢).

ونصت المادة (٢٢٧/١) مدني كويتي على أن: ((كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً يلتزم بتعويضه، سواءً في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً)).

الفرع الثاني

طرق التعويض

التعويض إما أن يكون عينياً أو مثلياً أو قيمياً.

أولاً – التعويض العيني:

الأصل في الشريعة الإسلامية في حالة وجود الأعيان سليمة لم يحدث فيها ضرر، فالتعويض يكون بردها عينياً متى كان ذلك ممكناً، وقد أجمعت المذاهب الاسلامية على ذلك، يقول الكاساني أن ((...... الحكم

(١) د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ص٢١٩.

(٢) الطعن بالتمييز رقم ١٥٤/٨٨ تجاري جلسة ١١/١٠/١٩٩٤م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، ق٣، م ج٣، ١٩٩٩م، ص٨٣٩، قاعدة (١٣).

الأصلي للغصب هو وجوب رد عين المغصوب، لأن بالرد يعود عين حقه إليه وبه يدفع الضرر عنه من كل وجه.....))[1].

وجاء في بداية المجتهد لابن رشد: ((والواجب على الغاصب إن كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه، وهذا لا اختلاف فيه))[2].

ويقول الشيخ علي الخفيف: يرى الحنفية أن موجب الغصب عند قيام المغصوب وسلامته وعدم تغيبه هو رده إلى مالكه، وذلك هو موجب كل يد وضعت على مال لغير صاحبها اعتداء، ولا خلاف في ذلك بين بقية المذاهب، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: على اليد ما أخذت حتى ترد ولقوله: لا يبخل لأحدكم أن يأخذ مال أخيه لاعباً ولا جاداً وإن أخذه فليرده. ولأن أخذ المال يفوت على صاحبه يده، وهي وسيلة تحصيل ثمره من الانتفاع والتصرف. وذلك ضرر يجب دفعه عنه على أتم صوره، وذلك إنما يكون برده في مكان غصبه، لأن المالية تختلف باختلاف الأماكن وباختلافها تتفاوت القيم، وعلى ذلك كان هو الموجب الأصلي عند الفقهاء[3].

والتعويض العيني في القانون هو الذي يتخذ التعويض فيه شكل التنفيذ العيني أو الوفاء بالتعويض عينياً، وهذا النوع من التعويض، وإن كان كثير الوقوع في مجال المسؤولية العقدية[4]. إلا أنه يمكن أن يقع في مجال المسؤولية التقصيرية، فيجبر المدين فيها عليه، وذلك بناءً على أنه قد أخل بالتزامه القانوني الذي يفرض عليه عدم الأضرار بالغير دون حق، وقد يتخذ الإخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل يمكن ازالته، وإعادة الحال فيه إلى ما كان عليه[5].

فالتعويض العيني يتمثل في إصلاح الضرر بإزالة مصدره من الأصل، كأن يقدم المسؤول للمضرور سيارة بدل السيارة التالفة، وكأن يلتزم الطبيب الذي جرح شخصاً بعلاجه، وكأن يرد المغتصب الأشياء التي

---

(١) الكاساني، البدائع، بيروت، ١٩٨٦م، دار الكتب العلمية، ط٢، ج٧، ص١٥١.

(٢) إبن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ص٣١٧.

(٣) الشيخ علي الخفيف، ١٩٧١م، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ص١٢٢.

(٤) أنظر السنهوري، د. عبد الرزاق أحمد، ١٩٥٢م، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، فقرة (٦٤٣)، ص٤٢، ٩٦٦.

(٥) النجار، عبد الله مبروك، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، المرجع السابق، ص٣٧٣.

أغتصبها[1].

ويرى جانب من الفقه أن التعويض العيني هو خير وسيلة لجبر الضرر[2]، لأنه يؤدي إلى جبر الضرر جبراً تاماً بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه.

ورغم ذلك فإن القانون المدني الكويتي اعتبر التعويض النقدي هو الأصل، وأن التعويض العيني يقرر تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور، فقد نصت المادة (٢٤٦) من القانون المدني الكويتي على أن:

((١ – يقدر القاضي التعويض بالنقد.

٢ – ويجوز للقاضي تبعاً للظروف، وبناءً على طلب المضرور أن يحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو بأي أداء آخر على سبيل التعويض)).

وطبقاً لهذا النص، يجوز للقاضي بناءً على طلب المضرور الاستجابة لطلبه بالتعويض العيني وقد لا يستجيب لهذا الطلب وله السلطة التقديرية في ذلك وفقا لظروف الحال.

وباعتبار التعويض العيني يأخذ شكل التنفيذ العيني، قضت محكمة التمييز الكويتية أنه: ((من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أنه إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بخطأ المدين أو لم يطلبه الدائن ولم يعرض المدين من جهته، أن يقوم بتنفيذ التزامه عينياً فإنه يستعاض عن التنفيذ العيني بالتعويض، إذ أن التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسمان يقاسمان تنفيذ الالتزام ويتكافآن قدراً، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بإلزام الشركة الطاعنة بأن تؤدي للمطعون ضده بضاعة بما قيمته ٧٥٠٠ دينار أو أن تدفع له ذات القيمة نقداً مما مفاده أن دفع الطاعن البضاعة نقداً لا يكون إلا عند عدم تنفيذها لالتزامها الأصلي بأداء

---

(١) الجمال، مصطفى محمد، د.ت، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ص٦٤٠، فقرة (٤٨١).

(٢) مرقس، سليمان، د.ت، في العمل غير المشروع أو الفعل الضار، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ص١١٧، فقرة (٩٢).

البضاعة للمطعون ضده باعتباره تنفيذاً بطريق التعويض قيم لالتزامها الأصلي يتكافأ معه قدراً))[1].

وقضت محكمة التمييز في شأن أعمال المباني المخالفة للقوانين والقرارات، والتي تمثل إضراراً بالجار، أنه يحق للجار ((منعاً للإضرار به...... طلب إزالة الأعمال المخالفة منها للقوانين والقرارات المنظمة لها باعتبارها تعويضاً عينياً يرتب إعادة التوازن بين حقوق والتزامات الجوار ولا يحول دون ذلك أن تكون الأعمال المخالفة قد تمت على أرض مملوكة لصاحب البناء))[2].

يلاحظ من الأحكام السابقة أن التنفيذ العيني في القانون الكويتي يقع عندما تتوافر الشروط الآتية: ١- أن لا يكون مستحيلاً أي ممكناً. ٢- أن يطلبه الدائن. ٣- أن يطلبه المدين.

إذن الأصل في تنفيذ الالتزام هو أن يكون بعين ما التزم به المدين، بمعنى أن يكون التنفيذ عينياً، أي أنه يتعين على المدين أن يقوم بتنفيذ الالتزام الذي ترتب عليه ذاته وليس غيره. والتنفيذ العيني للالتزام حق لكل دائن وهو لكل مدين في الوقت ذاته. ولا يمكن لأي من الطرفين المتعاقدين أن يحيد عن التنفيذ العيني بمفرده، ولا يستطيع المدين كذلك، أن يلجأ عنه إلى غيره، كما أنه ليس للدائن إذا ما أصر المدين على التنفيذ العيني للالتزام أن يطلب التعويض بدلاً منه؛ لأن التنفيذ بطريق التعويض يعد صورة احتياطية لتنفيذ الالتزام، ليس من الجائز اللجوء إليها، ما لم يتعثر ويستحل التنفيذ الحقيقي للالتزام المتمثل بالتنفيذ العيني له أو أنه قد تم الاتفاق بين الدائن والمدين على التنفيذ بطريق التعويض للالتزام (التنفيذ بمقابل نقدي) سواءً أكان اتفاقها صريحاً أو ضمنياً[3].

فإذا استطاع المدين تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، فلا يحق للمضرور أن يلجأ إلى الطريقة الأخرى في

---

(١) ((الطعن ٥١٣/٩٦ تجاري جلسة ٣٠/٦/١٩٩٧م))، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الرابع، المجلد الثالث، المكتب الفني بوزارة العدل، الكويت، مايو ٢٠٠٤م، ص٢٠٣.

(٢) ((الطعن ٧١/٢٠٠٠ مدني جلسة ٦/١١/٢٠٠٠م)) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، ق٤، ج٣، المرجع السابق، ص٣٠٣.

(٣) الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني- آثار الحقوق الشخصية - أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢ - ٣، ص١٧١.

التعويض وهو التعويض النقدي وهو أكثر طرق التعويض ملاءمةً لاصلاح الضرر.

وإن هناك شروطاً للتنفيذ العيني تتمثل في الآتي:

١ – أن يكون التنفيذ العيني ممكناً.

٢ – أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين.

٣ – أن يعذر الدائن المدين.

٤ – أن يطلب الدائن من المدين التنفيذ العيني لالتزامه[١].

ثانياً – التعويض المثلي:

إذا تلفت العين أو هلكت على وجه أصبح من الصعب الانتفاع بها كأن احترقت أو غرقت، أو سرقت ونحوه، وأصبح رد العين متعذراً، ففي هذه الحالة، يعوض صاحب الحق بالمثل إن كان مثلياً.

ويقصد بالمثلي في المذهب الحنفي: ((المكيل والموزون والعددي المقارب، كالجوز والبيض))[٢].

وعرفت المادة (١٤٥) من مجلة الأحكام العدلية المثلي بأنه:

((ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت)).

كأن يترتب على الضرر الذي أصاب المضرور مثلاً حرق سيارته ، بأن أصبح من المستحيل ردها إلى ما كانت عليه، فالتعويض هنا يكون بسيارة مثلها.

إن المثلي هو الواجب بتلف المثلي، فإذا عجز عنه بانقطاعه انتقل الوجوب إلى القيمة، ولا يجوز الانتقال إليها قبل انقطاعه لقصورها في التعويض من ناحية الصورة وكمال التعويض في إيجاب المثل، إلا أنها إنما وجبت خلفاً ، فلا يصار إليها إلا عند العجز عن الأصل، فتعين لذلك اعتبار القيمة عند العجز عن المثل وذلك

---

(١) المرجع السابق، ص١٧٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج٧، ص١٥٠.

وقت انقطاعه[١].

إذن فالمثلي هو تعويض المضرور بمثل ما أصابه من الضرر عند توافره في السوق، أما عند عدم توافره فيلجأ إلى طريقة التعويض النقدي.

ويشير البعض إلى أن فقهاء القانون المدني لم يتعرضوا إلى بحث مسألة التعويض المثلي في حالة إتلاف المال المثلي، ولعل السبب في ذلك أن نصوص القانون المدني لم تنص إلا على تقدير التعويض بالقيمة في هذه الحالة، ويرى الفقه أن إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل غير المشروع، يقترب إلى حد ما من التعويض بالمثل[٢].

ثالثاً – التعويض النقدي:

إن التعويض النقدي، هو الذي يغلب الحكم به في دعاوى المسؤولية التقصيرية، فإن كل ضرر يمكن تقويمه بالنقد، ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني ولا يرى القاضي فيها سبيلاً إلى تعويض غير نقدي، يحكم بتعويض نقدي، وهذا ما خوله النص أصلاً، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة (١٧١) من القانون المدني المصري على أنه ((يقدر التعويض بالنقد))[٣].

ويرى الفقه أن التعويض النقدي وإن لم يكن هو الطريقة الأكثر ملاءمة لإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر حيث لا يتحقق معه الجبر الكامل للضرر الذي أصاب المضرور، إلا أنه الأكثر شيوعاً بسبب صعوبة اللجوء إلى التنفيذ العيني في الكثير من الحالات، وباعتبار أن النقود يمكنها أن تحل محل كل شيء[٤].

---

(١) الشيخ على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص١٢٦.

(٢) النشار، محمد فتح الله، ٢٠٠٢م، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص٢٦٦.

(٣) النجار، عبد الله مبروك، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، المرجع السابق، ص٢٧٥.

(٤) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص١٤.

والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغاً معيناً يدفع دفعة واحدة، ولكن ليس هناك ما يمنع القاضي من الحكم بتعويض نقدي مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة. وفي ذلك تنص المادة (٢٥٢) من القانون المدني الكويتي على أنه: ((يجوز للقاضي الحكم بأداء التعويض على أقساط أو في صورة إيراد مرتب لمدة معلومة أو لمدى الحياة ، ويكون له عندئذ أن يحكم بإلزام المدين بتقديم تأمين كافٍ، إن كان له مقتضى)).

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية في هذا الشأن النص في المادة (٢٥٢) من القانون المدني على أنه((يجوز للقاضي الحكم بأداء التعويض على أقساط، أو في صورة إيراد مرتب لمدة معلومة أو لمدى الحياة..... يدل على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية على أن الحكم بأداء التعويض للمضرور على هيئة إيراد مرتب لمدة معلومة أو لمدى الحياة هو أمر جوازي للقاضي فيسوغ له الحكم بذلك بدلاً من الصورة العادية التي يجيء عليها الحكم بالتعويض والمتمثلة في إلزام المسؤول بأدائه فوراً ومنجزاً))[1].

نخلص مما سبق أن القانون المدني الكويتي يقرر التعويض النقدي أولاً، ويترك للقاضي السلطة التقديرية في اختيار طريقة التعويض العيني إذا كان ذلك ممكناً. وقد أقرت المادة (٢٦٧/ ٢) من القانون المدني الأردني هذا الحكم حين نصت على : ((ويقدر الضمان بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن تأمر باعادة الحال إلي ما كانت عليه، أو أن تحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار وذلك على سبيل التضمين)).

المطلب الثاني

الخصائص التي يتميز بها التعويض وأنواعه

---

(١) ((الطعنان ٧٥٢/٩٩،٨/٢٠٠٠ تجاري جلسة ١١/٦/٢٠٠٠م)) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، ق٤، ج٣، المرجع السابق، ص٣٧٧.

أتناول خصائص التعويض وأنواعه من حيث كيفية تقديره في الفرعين التاليين.

الفرع الأول

خصائص التعويض

يتميز التعويض بخاصتين هامتين:

الأولى: أن التعويض يقوم على الردع.

الثانية: أن التعويض يقوم على الإصلاح.

أولاً – التعويض الرادع:

لا شك أن التعويض الرادع يمثل جزاء للمسؤول عن الضار الذي أصاب الغير، بحيث يردع غيره من الوقوع في هذا الخطأ والذي يترتب عليه التعويض.

والقانون المدني في حالة الضرر الذي يصيب النفس وتقرير الدية عن إصابة النفس لا يمنع من الجمع بين الدية وبين عناصر الضرر الأخرى إذا تواجدت – كالضرر الناشئ عن القعود عن الكسب، وفقد العائل ومصروفات العلاج والآلام الحسية أو النفسية، وغير ذلك كله من ضروب الأذى الذي تلحق الناس في أنفسهم أو أموالهم، فقد نصت المادة (٢٥٩) من القانون المدني الكويتي على أنه: ((لا يحول استيفاء الدية باعتبارها ضماناً عن أذى النفس دون حق المضرور في الرجوع بالتعويض عن المضار الأخرى على من يلتزم به وفقاً لأحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع ما لم يثبت أنه نزل عن حقه فيه)). وقضت محكمة التمييز الكويتية في هذا الشأن أن: ((من المقرر أنه لما كان التعويض عن الإصابة في ذاتها طبقاً لقواعد الدية الشرعية ما هو إلا عنصر من عناصر الضرر مما يسوغ معه للقاضي الحكم بأكثر من مقدار الدية إلى الحد الذي يراه كافياً لجبر باقي الأضرار المادية الأخرى والأضرار الأدبية التي تتأذي بطريق مباشر من الإصابة وتكون النتيجة طبيعية لها، والمتمثلة في الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فاته. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون

فيه قد قضى لابن المطعون ضده بحكومة عدل مقدارها ٢٥٠٠ دينار عن إصاباته الناجمة عن الحادث في ذاته، وكان ذلك ليس بمانع من القضاء للمضرور بالتعويض الجابر لما عدا ذلك من الأضرار المادية، وكذا الأضرار الأدبية التي نجمت مباشرة من إصابات، وإذا التزم الحكم المطعون فيه لهذا النظر وقضى للمطعون ضده عن نفسه وبصفته بتعويض مقداره ١٥٠٠ دينار عما لحقه من أضرار مادية وأدبية، تمثلت في عجز ابنه عن الكسب وما لحق به من آلام جسدية ونفسية وما استشعره المطعون ضده نفسه من حزن وأسى لإصابة ابنه، لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ويكون النعي عليه بهذا السبب على غير أساس))[١].

وفي الشريعة الإسلامية يتمثل التعويض الرادع فيما تقرر الشريعة من إيلام المسؤول بالتعويض نتيجة الاعتداء، وتشمل جميع الديات[٢] والأروش[٣] التي أوجبها الشارع في الاعتداء على النفس أو على أطرافها، أو جزاء الاعتداء على صيد المحرم أو مخالفة المحرم لما يوجبه عليه إحرامه، وليس في شيء من ذلك اعتداء على حق لأحد من الناس يطلب تعويضه وجبره، وليس فيه إلا مخالفة ما أمر به الشارع، لمصلحة استوجبت هذا الأمر واستبعدت وضع جزاء لمخالفته، حملاً للناس على امتثاله وزجراً لهم حتى يتحقق هدفه. وإن التعويض هنا أو الضمان لا يختلف مقداره بالنظر إلى الجناية واختلاف ظروفها وأصولها، وما يترتب عليها من الضرر ولا إلى اختلاف الأشخاص الذين مستهم مكاناً ومركزاً، وذلك ما أبعده عن معنى التعويض[٤].

ثانياً – التعويض الإصلاحي:

يقوم التعويض هنا بدور إصلاحي وليس عقابي رادع ناتج عن مسؤولية جنائية، وإنما يقوم بقصد جبر الضرر وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر إن أمكن ذلك.

والتعويض الإصلاحي يقوم على مبدأين أساسين هما:

---

(١) الطعن ٦١/٩٨ مدني جلسة ٢٨/٩/١٩٩٨م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الرابع، المجلد السادس، يوليو ٢٠٠٤م، ص٤٨٤ قاعدة رقم (١٥٩).

(٢) وتفرض الدية على الشخص في حالة اتلاف النفس أو عضو بها.

(٣) وهي العقوبة المالية التي فرضها الشرع لبعض جرائم الاعتداء على النفس.

(٤) الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص٢١١.

١- كفالة التعويض:

حيث أنه في حالة إعسار المسؤول عن التعويض، يقوم مكانه التعويض الجماعي المتمثل في شركات التأمين، حيث تقوم بتعويض المضرور من الضرر اللاحق به في حالة إعسار المسؤول وعدم استطاعته، نتيجة دفع المسئول أقساط هذه الشركات لتقوم مقامه في حالة تحقق مسؤوليته عن ضرر لحق بالغير.

كذلك يمكن القول أن قيام الدولة بضمان أذى النفس في حالة عدم وجود المسؤول عن الضرر أو عجزه عن دفعه الدية اللازمة، هو حالة من حالات كفالة التعويض.

٢ - عدالة التعويض:

في التعويض الإصلاحي يستبعد مبدأ التعويض الكامل ويكتفى بالتعويض العادل، وفي الشريعة الإسلامية أن التقدير الموضوعي للتعويض أقصى درجات عدالة التعويض.

ويترتب على عدالة التعويض مبادئ هامة:

١ - لا يجوز الجمع بين تعويضين:

فلا يجوز الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض وقضت محكمة التمييز الكويتية في هذا الشأن أنه: ((من المقرر أنه لا يجوز للمؤمن أن يجمع بين مبلغ التأمين وبين التعويض الذي يستحقه في ذمة المسئول فيتقاضى التعويض عن ذات الضرر مرتين))(١).

٢ - عدم اعتبار الجمع بين الدية والتعويض إلا بتعويضين عن ضرر واحد، وقضت محكمة التمييز الكويتية في هذا الشأن أن ((النص في المادة ٢٤٨ من القانون المدني على أنه ((إذا كان الضرر واقعاً على النفس، فإن التعويض عن الإصابة ذاتها يتحدد طبقاً لقواعد الدية الشرعية من غير تمييز بين شخص وآخر، وذلك دون إخلال بالتعويض عن العناصر الأخرى للضرر على نحو ما تقرره المادة السابقة)) مفاده

(١) الطعن رقم (١٢٧/٩٧) تجاري جلسة ٢٣/١٢/١٩٩٨م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، المرجع السابق، ص٣٧٧.

– وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن القضاء بالتعويض عن الإصابة ذاتها لا يمنع من التعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي لحق بالمصاب من جراء الإصابة دون أن يعتبر ذلك قضاء بتعويض عن عنصر واحد من عناصر الضرر))[1].

إن المبدأ الأساسي في التعويض الإصلاحي حسب ما قضت به محكمة التمييز الكويتية أن ((الغاية من التعويض هي جبر الضرر جبراً متكافئاً وغير زائد عليه، ومن ثم لا يجوز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد))[2].

إذن، الهدف الأساسي من التعويض الإصلاحي هو جبر الضرر جبراً متكافئاً بحيث لا يزيد ولا ينقص عن قيمة الضرر المتحقق فعلاً.

ويرى البعض أنه يجوز الجمع بين التأمين والتعويض عن الضرر إذا كان استحقاق التأمين يتوقف على شرط تحقق الضرر، وقد تم دفع أقساط التأمين لهذا السبب، لذلك يجوز للمتضرر في مثل الحالة الجمع بين التعويض وبين مبلغ التأمين المستحق بمقتضى عقد التأمين أو بمقتضى نظام من النظم التي تجعل علاقة المضرور بالجهة القائمة على تطبيق النظام علاقة مؤمن بمؤمن له؛ لأن مبلغ التأمين في هذه الحالة يكون مقابلا للأقساط المدفوعة بحيث تكون الأقساط سبباً له، ويكون الضرر مجرد شرط لاستحقاقه[3].

الفرع الثاني

أنواع التعويض

---

(١) (الطعنان ٤٧، ٦١/٩٧ مدني جلسة ٢٢/٣/١٩٩٩م)، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، المرجع السابق، ص٣٧٨.

(٢) (الطعن ٥٣٤/٩٨ تجاري جلسة ٢٥/١٠/١٩٩٩م)، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، المرجع السابق، ص٣٧٩.

(٣) الجمال، مصطفى محمد، المرجع السابق، ص٦٤٥.

يتنوع التعويض من حيث كيفية تقديره إلى:

أولاً – التعويض الموضوعي:

يقوم التقدير للتعويض هنا على حل الاعتداء فقط بالضرر الذي لحق بالمضرور، فيقدر بقدره دون أهمية لأي عنصر آخر، مثل الخطأ أو جسامته، إنما يكون عنصر الخطأ مهم في تحديد المسؤول عن التعويض.

وتقدير التعويض الموضوعي المطلق، يتميز بثباته وعدم تغيره من شخص لآخر بالنسبة لنفس الإصابة، يجد تطبيقه في نظام الضمان في الفقه الإسلامي، سواءً فيما يتعلق بضمان أذى النفس أو ضمان إتلاف المال في بعض صوره[1].

فبالنسبة لأذى النفس، فإن التعويض عنه يقدر تقديراً واحداً بالنسبة لجميع الأشخاص ويتمثل في الدية، وقد أخذ المشرع الكويتي في القانون المدني بالتقدير الموضوعي المطلق لضمان أذى النفس وجاء متفقاً مع الشريعة الإسلامية في هذا الشأن حيث نصت المادة (٢٤٨) من القانون المدني الكويتي على أنه: ((إذا كان الضرر واقعاً على النفس، فإن التعويض عن الإصابة ذاتها يتحدد طبقاً لقواعد الدية الشرعية، من غير تمييز بين شخص وآخر، وذلك دون إخلال بالتعويض عن العناصر الأخرى للضرر على نحو ما تقرره المادة السابقة)).

فوفقاً لهذه المادة لم يفرق المشرع الكويتي في استحقاق الدية، باعتبارها تعويضاً عن ذات إصابة النفس ((الجنس أو السن أو الدين أو الجنسية أو لأي اعتبار آخر. فالناس كلهم في ذلك سواسية، المرأة كالرجل، والصغير كالكبير، والعظيم كالبسيط والذمي كالمسلم والعربي كغير العربي))[2].

وفي هذا الشأن نصت المادة (٢٧٤) من القانون المدني الأردني على أنه: ((رغماً عما ورد في المادة السابقة، كل من أتى فعلاً ضاراً بالنفس من قتل أو جرح أو إيذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجني

---

(١) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٣٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص٢٤١.

عليه أو لمن كان يعولهم وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار)). ويتضح من ذلك اتفاق القانون المدني الكويتي مع القانون المدني الأردني في حق المضرور في التعويض عما أصابه من الضرر سواءً المضرور نفسه أو من يعولهم أو الورثة.

ثانياً – التعويض الواقعي:

يراعى في هذا النوع من تقدير التعويض، الظروف الشخصية للمضرور، لأن الضرر يختلف من شخص إلى آخر وفقاً للظروف الخاصة بكل منهم، على الرغم من وحدة الفعل الضار. لذلك فالضرر الذي يحدث عن نفس الفعل ألا يكون بالضرورة واحداً في جميع الحالات المختلفة؛ بل يختلف ذلك الضرر من حالة إلى أخرى[١].

فالضرر المترتب إثر فقد المضرور لأحد عينيه أو أحد يديه يختلف عن ذلك الذي يصيب من كان أصلاً فاقداً للعين الأخرى أو اليد الأخرى[٢].

ووفقاً للتقدير الواقعي يتحتم على القاضي أن يقدر الضرر بالنظر إلى الشخص المضرور، أي معيار شخصي ذاتي، ويتم ذلك باعتداد القاضي بالعديد من العناصر الايجابية التي تمكنه من الوصول إلى حقيقة الضرر الذي أصاب المضرور. هذه العناصر تتعلق بالمضرور نفسه من حيث سنه ومركزه الاجتماعي والمهني والمالي، بما في ذلك دخله ومصادر كسبه المختلفة، وحالته الجسمانية والمعنوية، ولا يعتد القاضي بهذه العناصر في الحال؛ بل يعتد بتأثرها في المستقبل أيضاً بأن يدخل في حسابه ما قد يترتب على الحادث من فوات فرص كسب كان يأملها المضرور[٣].

وقد أخذ القانون المدني المصري بمبدأ التقدير الواقعي للتعويض عن الضرر في المادة (١٧٠) منه حيث جاء فيها ((يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور.... مراعياً في ذلك الظروف

(١) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٤٣.
(٢) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب، مؤسسة دار الكتب، ١٩٩٥م، الكويت، ص٢١٨.
(٣) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٤٦.

الملابسة)).

وقرر المشرع الكويتي نفس المبدأ بوضوح تام وذلك في المادة (٢٤٧) من القانون المدني التي نصت على أن: ((... يحدد القاضي التعويض بالقدر الذي يراه جابراً الضرر وفق ما تقرره المادتان (٢٣٠ و٢٣١) وذلك مع مراعاة الظروف الشخصية للمضرور)).

وتقرر المادة (٢٦٧/١) من القانون المدني الأردني ما يلي ((يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن الضمان)). ويلاحظ مما سبق اتفاق القانون المدني الكويتي والقانون المدني الأردني من حيث المبدأ في مراعاة الظروف الشخصية والمحيطة بالمضرور عند تقدير التعويض.

ثالثاً – التعويض الكامل:

يعد التعويض كاملاً إذا شمل كل الأضرار التي لحقت بالمضرور.

ولكي يصل القاضي إلى التعويض الكامل للمضرور عليه أن يدخل في حساب التعويض الذي يحكم به كل عناصر الضرر الذي لحق المضرور، بما في ذلك الضرر الأدبي، وأن يكون تعويض كل عنصر من هذه العناصر كاملاً ، شاملاً ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب[(١)].

والأضرار المالية التي لحقت المصاب وفقاً لمبدأ التعويض الكامل فيشمل شقين هما:

الشق الأول: يتضمن التعويض عن الخسارة اللاحقة المتمثلة في نفقات العلاج والمصاريف الطبية المختلفة، وملحقاتها.

الشق الثاني: يتضمن الكسب الفائت المترتب على العجز عن العمل، سواءً أكان عجزاً مؤقتاً أو دائماً[(٢)].

وإذا كان التعويض الكامل في القانون الوضعي يشمل الأضرار المادية ، بالإضافة إلى الضرر الأدبي،

---

(١) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية والإثراء دون سبب، المرجع السابق، ص٢١٨.

(٢) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٢٢٩.

فإن الشريعة الإسلامية تختلف من القانون الوضعي بشأن الضرر الأدبي، فهي لم تعرف فكرة التعويض عن الضرر الأدبي وسندها في ذلك أنه لما كان التعويض لا يكون إلا بالمال على أساس المعادلة أو المكافأة وجب أن يكون الضرر المقابل له ضرراً مالياً أي يفقد المال، فلا تعويض عن الضرر الأدبي ولكن يقوم التعزيز في حقوق العبد مقامه بالضرب أو الحبس أو الاستخفاف في الكلام، على أنه يجوز للمضرور بضرر أدبي أن يسامح المعتدي أو أن يتصالح معه(١).

إن الفقه الإسلامي يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالاً متقوماً في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطي بدلاً منه، وبالتالي لا تعويض عن أي خسارة يمثلها الدائن أو عن ربح فاته، إذا لم يكن هناك مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن فيأخذ من المدين مثله أو قيمته. ويترتب على قاعدة أن الضمان يجب أن يكون المضمون مالاً متقوماً ما في ذاته وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً منه، إن الضمان يكون بقيمة ما فقد أو تلف أو غصب، أو بمقدار النقص في قيمته كما يترتب على هذا المبدأ أيضاً عدم ضمان المنافع لأنها أموال غير متقومة في ذاتها(٢).

ويتضح مما سبق، أن الشريعة الإسلامية لا تأخذ بمبدأ التعويض الكامل الذي يتضمن التعويض عن الضرر الأدبي. في حين يأخذ القانون المدني الكويتي (مادة ٢٥٩) والقانون المدني الأردني (مادة ٢٦٧/١) بالتعويض عن الضرر الأدبي.

رابعاً – التعويض العادل:

وفقاً لهذا النوع من التعويض، فإنه لا ضرورة للتعادل بين التعويض الذي يستحقه المضرور والضرر الذي أصابه؛ بل يكتفي في حالات معينة بتعويض عادل يتحدد وفقاً لظروف كل حالة، في ضوء العوامل الملابسة لوقوع الضرر وحالة الطرفين، المسؤول والمضرور، بصفة خاصة الحالة المالية، وجسامة الخطأ في الضرر

(١) دسوقي، محمد إبراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ص٧١.

(٢) المرجع السابق، ص٧١.

الأدبي[1].

ومن التطبيقات التشريعية للتعويض العادل، ما ورد في القانون المدني الكويتي، من حيث التعويض الذي يستحقه المضرور في حالة تجاوز المسؤول حدود الدفاع الشرعي، حيث تراعى في هذا التعويض مقتضيات العدالة[2]. كذلك في حالة الضرورة يقتصر التعويض على الضرر الذي يراه القاضي مناسباً[3].

وفي القانون المدني الأردني تنص المادة (٢٦٢) منه على أن ((من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسؤول على ألا يجاوز قدر الضرورة وإلا أصبح ملزماً بالضمان بقدر ما جاوزه)). وإن كلمة بقدر ما جاوزه، تقرر إن التعويض في هذه الحالة يجب أن يكون عادلاً بقدر الضرر الذي وقع.

المبحث الثاني

التمييز بين نظام شروط الإعفاء

من المسؤولية وغيره من النظم المشابهة

الإعفاء يرفع عن كاهل الشخص كلياً أو جزئياً الالتزام، أو الواجب الملقى على عاتقه؛ أي يخلصه من المسؤولية[4]، أي أن الإعفاء يفترض تحقق المسؤولية أولاً بأركانها، سواءً أكانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية.

---

(١) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب، المرجع سابق، ص٢٢٠.

(٢) تنص المادة (٢٣٥) من القانون المدني الكويتي على أنه: ((من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله، كان غير مسؤول عن تعويضه، طالما أنه لم يتجاوز القدر الضروري لدفع الأذى، فإن تجاوز هذا القدر، التزم بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة)).

(٣) تنص المادة (٢٣٦) من القانون المدني الكويتي على أنه: ((من اضطر في سبيل اتقاء خطر جسيم محدث كان يتهدده هو أو غيره في النفس أو في العرض أو في المال، ومن غير أن تكون له يد في قيامه، إلى إلحاق ضرر بمال شخص آخر أهون مما عمد إلى اتقائه، فإنه لا يكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر، إلا إذا تعذر استيفاؤه على أساس الإثراء دون سبب على حساب الغير، وحينئذ لا يكون محدث الضرر ملتزماً إلا بتعويض مناسب يقدره القاضي بمراعاة ظروف الحال ومقتضيات العدالة)).

(٤) P.REMY,la responsabiliti contractuelle: histoire d'un faux concept ,rev.tr.dr.civ.1997,p.323.

وهناك أسباب نص عليها القانون للإعفاء من المسؤولية، فقد نص المشرع المصري في المادة (١٦٥) مدني مصري على أنه:

((إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملتزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)).

ونص المشرع الفرنسي في المادة (١١٤٧) مدني بالنسبة لمسؤوليته العقدية على أن المدين يكون مسؤولاً عن التعويض، إذا كان له محل، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو بسبب التأخير فيه، وذلك في جميع الأحوال، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ولم يكن هناك سوء نية من جانب المدين.

ونصت المادة (٢٣٣) من القانون المدني الكويتي على أنه: ((إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي عنه لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور، أو فعل الغير، كان غير ملزم بالتعويض، وذلك ما لم يوجد نص يقضي بخلافه)).

ونصت المادة (٢٦١) من القانون المدني الأردني على أنه: ((اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقضِ القانون أو الاتفاق بغير ذلك)).

ويتضح من هذه النصوص أن المشرع المصري والفرنسي والكويتي والأردني، ذهبوا إلى اعفاء المدين من المسؤولية عند توافر السبب الأجنبي وقد أورد النص الكويتي عدة صور للسبب الأجنبي وهي: القوة القاهرة، الحادث المفاجئ، فعل المضرور، فعل الغير. كما يلاحظ أن القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري أباحا الاتفاق على التعويض حتى في حالة حدوث السبب الأجنبي على عكس المشرعين الكويتي والفرنسي.

ووفقا للنظام الأنجلوأمريكي، يعفى المدين من جزاء التعويض عند استحالة التنفيذ بسبب ((act of God)) أو ((frustration))، أما مبادئ قانون العقد الأوربي ((Principhes Europen Contract Law))

فقد تضمنت نصوصها ما يفيد إعفاء المدين من المسئولية عن التعويض، في حالة وجود عائق ((impedediment)) أدى إلى عدم القدرة على تنفيذ الالتزام[1].

كما أخذت بذات المبدأ اتفاقية لاهاي، حيث نصت المادة (٧٤) على إعفاء المدين من التعويض في حالة عدم المسؤولية بسبب ظروف خارجة عن إرادته.

هذه الأسباب التي تجعل المسؤولية والتعويض عنها، غير متوافر فيمن تحققت في شأنه.

أما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية وبالتالي التعويض، فيمثل صورة أخرى للإعفاء من المسؤولية، فالإعفاء إما أن يكون وفقاً للقانون وما نص عليه، كالسبب الأجنبي لسبب الإعفاء، وإما الاتفاق بين طرف العقد في المسئولية العقدية، حيث أن العقد شريعة المتعاقدين، فوفقاً لإرادة الطرفين، قد ينص العقد على الإعفاء من المسؤولية في بعض الالتزامات، دون المساس بالنظام العام والآداب العامة.

أما الاتفاق اللاحق على تحقق المسؤولية التقصيرية فهو جائز. ويكون في الغالب بمثابة صلح، والصلح جائز فيما هو ليس من النظام العام. فإذا صدر خطأ من شخص سبب ضرراً لآخر، فللمضرور أن يعفي المسؤول من التعويض، ويكون بذلك قد نزل عن حقه. ويصح أيضاً أن يتفق المضرور مع المسؤول أن يتقاضى منه تعويضاً أقل مما يستحق، فيعفيه من بعض الضرر، ويكون هذا إما نزولاً من المضرور عن بعض حقه أو هو صلح بينه وبين المسؤول إذا كان هذا ينازع في مبدأ المسؤولية أو في مقدار التعويض. ويصح أخيراً أن يعطي المسؤول المضرور تعويضاً أكثر مما يستحق، ويكون متبرعاً بما زاد[2].

ومن المعلوم أن نظام الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، يختلف عن غيره من النظم المشابهة أو المقارنة، كالاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية، والتأمين على المسؤولية، والاتفاق على إعفاء

(١) سامي، أسماء مدحت، ٢٠٠٦م، الإعفاء من المسؤولية في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٣٠٧، انظر المادة (٨/١٠٨) من مبادئ قانون العقد الأوروبي.

(٢) السنهوري، عبد الرزاق، ١٩٨١م، الوسيط في شرح القانون المدني (٢)، نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ص١٣٧٠ فقرة (٦٥٢).

المتعاقد من التزام ناشئ عن العقد.

وفي ضوء ما تقدم سيقوم الباحث بدراسة التمييز بين نظام الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية وبين كل من: الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية، والتأمين على المسؤولية، والاتفاق على إعفاء المتعاقد من التزام ناشئ عن العقد، وذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية وشروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية.

المطلب الثاني: التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية وشروط إعفاء المتعاقدين من الالتزام الناشئ عن العقد.

المطلب الثالث: التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية والتأمين من المسؤولية.

المطلب الأول

التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية وشروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية

تختلف شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية وشروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية من حيث الأساس القانوني لكلا المسؤوليتين.

فالمسؤولية العقدية أساسها إخلال أحد المتعاقدين بالتزام ناشئ عن العقد. ويتمثل هذا الإخلال في عدم تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً، أو في التأخير في تنفيذه، ويشترط أن يحدث للمتعاقد الآخر ضرر نتيجة هذا

الإخلال ومن ثم يلتزم المتعاقد المسؤول بتعويض هذا الضرر[1]، لذلك فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يقصد به تعديل آثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد[2].

أما المسؤولية التقصيرية فأساسها الإخلال بالواجب القانوني المفروض على الكافة، وهو عدم إحداث ضرر بالغير. وعلى ذلك فإذا أخل أحد الأشخاص بهذا الواجب القانوني، أي قام بعمل فعل غير مشروع قانوناً، ونتج عن هذا الإخلال أو هذا الفعل حدوث ضرر للغير، فإن مرتكب هذا الفعل أو هذا الإخلال يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية ويلتزم بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر[3].

إذن فشروط الإعفاء من المسئولية التقصيرية يقصد بها تعديل آثار المسؤولية الناشئة عن إتيان الإخلال بالواجب القانوني، وهو القيام بفعل غير مشروع[4].

ويترتب على اختلاف أساس كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، أنه يجوز الاتفاق مقدماً في العقد على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، وهذا التعديل قد يكون بالإعفاء من هذه المسؤولية، أو بالتخفيف منها، حسبما يتراءى للطرفين، وذلك مرجعه إلى أن العقد شريعة المتعاقدين، مع مراعاة عدم مخالفة القانون والنظام العام والآداب العامة[5]. وقد نصت المادة (١٩٦) من القانون المدني الكويتي على أن: ((العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون)). وفي هذا الشأن أيضاً نصت المادة (١٦٤) من القانون المدني الأردني على أنه: ((١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة. ٢ – كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب وإلا لغيّ الشرط وصح العقد ما لم

---

(١) يحيى، ياسين محمد، ١٩٩٢م، اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٣.

(٢) المحاقري، اسماعيل محمد علي، ١٩٩٦م، الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني، مقارناً بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية، و. م. د. ن، رسالة دكتوراه، ص٣٤٣.

(٣) د. ياسين محمد يحيي، المرجع السابق، ص٣.

(٤) المحاقري، اسماعيل محمد علي، المرجع السابق، ص٣٤٣.

(٥) يحيى، ياسين محمد، المرجع السابق، ص٤.

يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً)).

كذلك يجوز الاتفاق في العقد على التشديد من أحكام المسؤولية العقدية، وذلك بأن يكون أحد المتعاقدين مسؤولاً عن السبب الأجنبي كالحادث المفاجئ، أو القوة القاهرة أو خطأ الغير. وإن كان البعض لا يرى في الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة اتفاقاً يتعلق بالمسؤولية، لأنه لا يمس عنصراً فيها، أو أثراً لها؛ بل يتعلق بالضمان أو بتحمل التبعة وفقاً لعبارة المادة (٢١٧/١) من القانون المدني المصري، فيصبح المدين بمقتضاه ضامناً لتنفيذ الالتزام[١].

ولا يجوز في المسؤولية التقصيرية الاتفاق مقدماً، وقبل تحققها على تعديل أحكامها بالإعفاء أو التخفيف عنها، حيث تنص المادة (٢١٧/٣) من القانون المدني المصري على أنه: ((ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع)). ونصت المادة (٢٥٤) من القانون المدني الكويتي على أنه: ((يقع باطلاً كل اتفاق يبرم قبل قيام المسؤولية عن العمل غير المشروع، ويكون من شأنه أن يعفي منها كلياً أو جزئياً)). ونصت المادة (٢٧٠) من القانون المدني الأردني على أنه: ((يقع باطلاً كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار)). وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي- على الرغم من عدم وجود نص صريح يقضي بذلك – وذلك استناداً إلى أن أحكام المسؤولية التقصيرية الواردة في المواد من (١٣٨٢ إلى ١٣٨٦) من التقنين المدني الفرنسي تعد من النظام العام، ومن ثم فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها وذلك على عكس أحكام المسؤولية العقدية التي مصدرها إرادة الطرفين، ومن ثم يجوز الاتفاق على تعديل أحكامها. وقد انتقد الفقه الحديث في فرنسا موقف القضاء وذلك استناداً إلى أنه يجب التمييز بين الالتزامات المنصوص عليها في المواد من (١٣٨٢ إلى ١٣٨٦) من التقنين المدني، وبين المسؤولية الناشئة عن مخالفة هذه الالتزامات. وعلى ذلك فإذا كانت هذه الالتزامات تعد من النظام العام حيث تقدرها نصوص قانونية أخرى، فإن المسؤولية الناشئة عن هذه الالتزامات ليست من النظام العام، وآية ذلك أن نصوص المواد من (١٣٨٢ إلى

---

(١) زكي، محمود جمال الدين، اتفاقيات المسؤولية، مجلة القانون والاقتصاد، س٣٠، العدد ٣، فقرة ١، هامش(٥).

١٣٨٦) لا تمنع من الاتفاق على تعديل أحكام هذه المسؤولية، ومن ثم فيجب أن تعامل معاملة المسؤولية العقدية من حيث جواز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف منها، إلا ما تعلق بالخطأ العمدي أو الخطأ الجسيم(١).

نخلص مما سبق أن اتفاق الإعفاء من المسؤولية المدنية يجوز في المسؤولية العقدية لأنه يرجع إلى إرادة طرفي العقد، ولا يجوز في المسؤولية التقصيرية، لأن المسؤولية التقصيرية ناتجة عن مخالفة القانون والقيام بفعل غير مشروع.

المطلب الثاني

التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية

وشروط إعفاء المتعاقدين عن الالتزام الناشئ عن العقد

من المقرر أنه طبقا لمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، يجوز لطرفي العقد أن يضمنا العقد، ما يشاءان من الالتزامات، بما لا يخالف النظام العام والآداب العامة، كما يجوز لهما إعفاء أحدهما من بعض الالتزامات الناشئة عن العقد.

وتكون اتفاقات الإعفاء من المسؤولية أو الإعفاء من أحد الالتزامات الناشئة عن العقد باطلة إذا خالفت النظام العام، فمثلاً لا يجوز للمدين، بمقتضى بند في العقد، أن يرفع مقدماً عن عاتقه المسؤولية المترتبة على الغش الذي يرتكبه في تنفيذ التزام ناشئ عنه، بالنص فيه مثلاً ، على عدم التزامه بالتعويض إذا امتنع عمداً عن تنفيذ التزامه، فهذا البند باطل، وتبقى مسؤولية المدين كاملة، ويلتزم رغم وجوده، بتعويض الدائن عن الضرر

---

(١) انظر في نقد القضاء الفرنسي، مازو، المسؤولية المدنية، ج٣، فقرة ٢٥٧١، وأيضاً ديموج، ج٥ – الالتزامات، فقرة ١١٩١، أشار إليهم د. ياسين محمد يحيى، المرجع السابق، ص٦.

الذي لحقه. ويؤسس بطلان هذا البند في العقد على فكرة النظام العام، لأن الاعتراف بصحة البند، يسمح للعاقد بأن يخالف عملاً، مبدءاً أساسياً في قانون الجماعة، يجعل العقد شريعة طرفيه، ويزعزع الثقة في المعاملات، ويبث الفوضى في الروابط بين الناس(١).

وقد يفرض القانون أو القضاء تفسيراً له، على أحد العاقدين ((التزامات أخرى))، أو في عبارة مساوية، تتعلق بالنظام العام، كالتزامات صاحب العمل طبقاً لقانون العمل، والالتزام بالسلامة في عقد نقل الأشخاص، فالاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات الأخرى يقع باطلاً، لأن معنى تعلقها بالنظام العام أن الحرص على تنفيذها كاملة يهم مصلحة الجماعة، بحيث يكون الإخلال بها، بخطأ العاقد، ولو كان يسيراً، مخالفا للنظام العام(٢).

إذن فحرية العاقدين في حذف الالتزامات الناشئة قانوناً عن العقد، ليست مطلقة؛ بل تتقيد بالالتزامات الجوهرية، وكذلك النصوص الآمرة. فمن ناحية لا يجوز للعاقدين الاتفاق على حذف التزام جوهري ينشأ عن العقد، وإلا تحول العقد إلى عقد آخر، أو كان حسب الأحوال، العقد أو الاتفاق وحده باطلاً، فإذا اتفق في عقد البيع مثلاً على حذف التزام المشتري بدفع الثمن، كان العقد هبة، أو في عقد الإيجار على حذف التزام المستأجر بدفع الأجرة، كان العقد عارية. أما إذا اتفق في عقد البيع على حذف التزام البائع بنقل الملكية، حين يفرغ العقد من مضمونه، ويقع من ثم باطلاً، فلا يترتب عليه أثر ما. وقد يكون الاتفاق على حذف الالتزام باطلاً وحده، مع بقاء العقد الذي يرتبه في ذمة المدين به قائم بدونه، فالالتزام بالسلامة يعتبر التزاماً جوهرياً ينشأ عن عقد نقل الأشخاص في ذمة الناقل الذي يلتزم نتيجة له بنقل المسافر، أو الراكب إلى مكان الوصول ((سليماً معافى))، ويقع كل اتفاق على حذفه. ومن ناحية أخرى لا يجوز الاتفاق على حذف التزام يفرضه نص آخر، وإلا وقع الاتفاق باطلاً، ولو كان هذا الالتزام ثانوياً. فيلحق البطلان اتفاق العامل مع صاحب العمل على حذف التزام تفرضه على الأخير، نصوص القانون في عقد العمل الفردي، واتفاق مالك البناء مع المقاول الذي أقامه

---

(١) زكي، محمود جمال الدين، ١٩٩٠م، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ج٢، ص٥٤.
(٢) زكي، محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص٦٢.

على حذف التزام هذا الأخير بالضمان العشري لسلامة البناء، للصفة الآمرة للنصوص التي تقرر تلك الالتزامات[١].

وعدم جواز الإعفاء من الالتزامات الجوهرية يقوم على أساس التعارض بين هذا الإعفاء وبين الغرض المقصود من العقد على نحو يفرغه من مضمونه، ويقع من ثم باطلاً لانعدام سبب الالتزام المقابل للالتزام الرئيسي الذي أسقطه العاقد فيه[٢].

وتنص المادة (١٧٦) من القانون المدني الكويتي على أن ((١- يبطل العقد إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع. ٢- ويعتد في السبب، بالباعث المستحدث الذي يدفع المتعاقد إلى التعاقد، إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه، أو كان ينبغي عليه أن يعلمه)). وتنص المادة (١/١٦٨) من القانون المدني الأردني على أن ((١- العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن أختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة)).

وتختلف شروط إعفاء المتعاقدين عن التزام ناشئ عن العقد عن شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فموضوع هذه الاتفاقات الأخيرة ليس إعفاء المدين من التزامه أو التخفيف عنه، فيظل المدين رغم وجودها، مثقلاً بهذا الالتزام، ويجب عليه الوفاء به، وينحصر أثر الاتفاق في أن المدين إذا لم ينفذ التزامه لا يكون مسؤولا أمام الدائن عن عدم تنفيذه، أو بعبارة أخرى لا يلتزم بتعويض هذا الأخير عن الضرر الذي لحقه نتيجة عدم تنفيذه، أما إذا اتفق على حذف التزام ناشئ عن العقد، أو على تخفيفه، فإن العاقد لا يكون ملزماً على الإطلاق بهذا الالتزام، أو فيما جاوز حدود التزامه ولا يتعلق أثر له في ذمته[٣].

وترجع أهمية التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية وشروط الإعفاء من التزام ناشئ عن العقد، إلى أن المدين في الحالة الثانية، يكون بريء الذمة من الالتزام ولا يمكن في أن يكون مسؤولاً عن عدم تنفيذه، أما

---

(١) زكي، محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص٤٦.

(٢) المحاقري، اسماعيل محمد علي، المرجع السابق، ص٣٤٦.

(٣) زكي، محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص٤٩.

شروط الإعفاء من المسؤولية، فلا يترتب عليها هذا الأثر الحاسم، ولا يعفى المدين بمقتضى البند الموجود في العقد في كل الأحوال، إعفاءً كاملاً إذا لم ينفذ التزامه؛ بل يظل مسؤولاً عن غشه، وعن خطئه الجسيم(١).

يتضح مما سبق أن الاختلاف بين شروط الإعفاء من المسؤولية وبين شروط الإعفاء من الالتزام الناشئ عن العقد، أن المدين في الحالة الثانية غير ملتزم بتنفيذ الالتزام وغير مسؤول عنه، أما في الحالة الأولى، فهو ملتزم بتنفيذ الالتزام وإن كان غير مسؤول عن عدم تنفيذه، بالإضافة إلى أنه لا يعفي في كل الأحوال عن عدم تنفيذه؛ بل يكون مسؤولاً عن غشه وخطئه الجسيم(٢).

المطلب الثالث

التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية والتأمين من المسئولية

يقوم التأمين على إعفاء المؤمن له من العبء المالي الذي يسببه الخطر، وتوزيع المخاطر على عدد كبير من الأضرار، فالتأمين ينقل المسؤولية المالية للشخص المخطئ إلى الغير، كما أن شركات التأمين تدفع التعويض للشخص الذي وقع عليه الضرر، ومن ثم فهي تبعث في نفسه الطمأنينة بأنه سيحصل على حقه(٣)، رغم إعفاء المخطئ من التعويض في هذه الحالة، فشركات التأمين تقوم مقام المخطئ في التعويض عن الضرر الذي أصاب المضرور.

ويعرف التأمين من المسؤولية بأنه عقد يلتزم به المؤمن (شركة التأمين) بضمان الأضرار التي تلحق بالذمة المالية للمؤمن له (لمتعاقد معه) من جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية، حيث يتحمل المؤمن سداد

---

(١) المرجع السابق، ص٥٠.

(٢) زكي، محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص، المحاقري، اسماعيل محمد علي، المرجع السابق، ص٣٤٨.

(٣) مأمون، عبد الرشيد، د.ت، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٥٤.

التعويض للغير المضرور أو يسدده للمؤمن إذا كان هذا الأخير قد دفعه للمضرور[1].

ويجوز للشخص أن يؤمن من مسؤوليته المترتبة على الخطأ، سواءً أكان هذا الخطأ عقدياً أو تقصيرياً، وسواءً أكان الخطأ التقصيري مفترضاً أو ثابتاً، وسواءً أكان الخطأ الثابت يسيراً أو جسيماً. ولكن لا يجوز التأمين من المسؤولية المترتبة على الفعل العمد، إذ لا يجوز لأحد أن ييسر لنفسه السبل إلى الغش. وإنما يجوز التأمين من المسؤولية عن عمل الغير، حتى ولو ارتكب هذا الغير الفعل عمداً، ذلك أن المسؤول عن الغير لم يؤمن من المسؤولية عن غشه هو بل عن غش الغير، فالخطأ الشخصي الذي يؤمن نفسه منه هو خطأً مفترضاً لا فعلاً عمداً، فالشخص يستطيع أن يؤمن من مسؤولية في مختلف صورها، فيما عدا المسؤولية عن الخطأ العمد الذي يصدر عنه شخصياً[2].

هذا ويتشابه التأمين من المسؤولية مع شروط الإعفاء من المسؤولية في أنه إذا وقع الضرر بالمضرور فإن المسؤول لا يدفع تعويضاً لأن غيره – وهو المؤمن – سيدفعه في الحالة الأولى أو لأن المتعاقد الآخر في الحالة الثانية – أي المضرور – قد أعفاه من المسؤولية التعاقدية[3].

ويرتب البعض على هذا التشابه نتيجة هامة هي أن شروط الإعفاء من المسؤولية هي نوع من التأمين من المسؤولية يكون فيه الدائن (المضرور) مؤمناً لنفسه أي متحملاً عبء الضرر الذي يحيق به أما القسط الذي يتقاضاه هذا المدين فهو تخفيض المقابل[4].

ورغم تشابه الأثر بين التأمين من المسؤولية وشروط الإعفاء من المسؤولية، إلا أنه يوجد بينهما عدد من الاختلافات:

– في نظام الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية، فإن مرتكب الخطأ يتخلص من هذه المسؤولية كلياً أو جزئياً

(١) كامل، سمير، ١٩٩٠-١٩٩١م، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين من حوادث البناء، د. م، د. ن، ص٣.

(٢) السنهوري، عبد الرزاق، ط ١٩٩٨م، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص١٣٧٦.

(٣) واصف، سعد، التأمين من المسؤولية، ١٩٨٥م، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، ص٣١.

(٤) صالح، محمد، ١٩٣٣م، شرح القانون التجاري المصري، ج١، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ط٣، ص٤٢٠، ٤٢١.

دون أن يتحملها شخص آخر، أما في نظام التأمين من المسؤولية فإن مرتكب الخطأ لا يتخلص من هذه المسؤولية، وإنما يدعمها عن طريق التأمين عليها لدى شركة التأمين، فالتأمين من المسؤولية يسمح لمرتكب الخطأ بتنفيذ التزامه بالتعويض، وذلك على عكس الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف عنها. إذن فالتأمين من المسؤولية يضمن للمضرور الحق في التعويض، في حين أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية لا يضمن له هذا الحق(١).

- أصبح نظام التأمين من المسؤولية في الوقت الحاضر- نظاماً معترفاً به وقد يكون إجبارياً في بعض الأحوال، في حين أن نظام الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية لا يزال محل خلاف، ويثير كثيراً من الجدل القانوني، وهو علاوة على هذا فإنه نظام اختياري مرده إلى إرادة المتعاقدين، وليس له صفة الإلزام(٢).

- يعتبر التأمين من المسؤولية عقداً احتمالياً، فقد ورد بين عقود الضرر في القانون المصري إذ يتوقف التزام المؤمن بدفع التعويض على حادثة غير مؤكدة وهي ثبوت مسؤولية المؤمن له قضائياً في حادثة غير مؤكدة الوقوع، أما شروط الإعفاء من المسؤولية فلا وجود لعنصر الاحتمال في العقد إذ أن كل من المتعاقدين قد عرف وحدد مراكزه الأولى عند التعاقد فلا مسؤولية على من اتفق على إعفاء نفسه منها ولا تعويض للطرف الآخر(٣).

- عقود التأمين تعتبر من عقود الإذعان في الغالب منها، فالمؤمن له إما أن يقبل التعاقد مع المؤمن وإما ألا يقبل. أما شروط الإعفاء من المسؤولية فهي وإن كانت في كثير من الأحيان من عقود الإذعان إلا أنها ليست دائمة وخصوصاً بالنسبة للعمليات الفردية.

- التأمين من المسؤلية جائز في كل الأحوال بالنسبة للمسئولية العقدية أو التقصيرية، كما يجوز في المسؤولية العقدية التأمين من المسؤولية الناشئة عن الخطأ الجسيم، أما شروط الإعفاء من المسؤولية فهي جائزة بالنسبة

---

(١) د. ياسين محمد يحيي، المرجع السابق، ص٩.

(٢) المرجع السابق، ص٩.

(٣) واصف، سعد، المرجع السابق، ص٣٥.

للمسؤولية العقدية باطلة بالنسبة للمسؤولية التقصيرية والمسؤولية الناشئة عن الخطأ الجسيم[١].

---

(١) المحاقري، اسماعيل محمد علي، المرجع السابق، ص٣٥١.

الفصل الثالث

الإعفاء عن التعويض في المسؤولية العقدية

في القانون المدني الكويتي

تتحقق المسؤولية العقدية بوجود الخطأ العقدي، والذي يتمثل في عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد، فالمدين قد التزم بالعقد. فيجب عليه تنفيذ التزامه والنصوص التي تؤيد ذلك في القانون المدني الكويتي كثيرة، فتنص المادة (١٩٦) منه على أن ((العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون))، وتنص المادة (١٩٧) على أنه: ((يجب تنفيذ العقد طبقا لما تضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل))، وتنص الفقرة الأولى من المادة (٢٨٠) على أنه: ((إذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره، نفذ جبراً عليه)).

وتنص المادة (٢٩٣) مدني كويتي على أنه: ((عند تعذر تنفيذ الالتزام عينياً، أو التأخير فيه، يجب على المدين تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك، ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد له فيه)).

ويعني نص هذه المادة أن الالتزام ينقضي إذا اثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً، فانقضاء الالتزام هنا إنما يكون نتيجة لاستحالة تنفيذه عينياً ولعدم تحقق المسؤولية العقدية بانعدام أحد أركانها، وهو علاقة السببية[١]، أي أن هناك شروط للإعفاء من التعويض نص عليها القانون، ويستلزم منا هذا الفصل معرفة المقصود بالإعفاء من المسؤولية العقدية وشروط الإعفاء منها، كما تعرض لأثر اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية العقدية من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص وسوف يتم تقسيم هذا الفصل على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية الإعفاء من المسؤولية العقدية وشروطها.

المطلب الأول: ماهية الإعفاء من المسؤولية العقدية.

---

(١) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، المرجع السابق، ص٦٥٦، فقرة (٤٢٧).

المطلب الثاني: شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية.

المبحث الثاني: أثر اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية العقدية.

المطلب الأول: أثر اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية العقدية من حيث الموضوع.

المطلب الثاني: أثر اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية من قبل الأشخاص.

المطلب الثالث: آثار بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية على العقد.

المبحث الأول

ماهية الإعفاء من المسؤولية العقدية وشروطها

سيتم تناول هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: ماهية الإعفاء من المسؤولية العقدية.

المطلب الثاني: شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية.

المطلب الأول

ماهية الإعفاء من المسؤولية العقدية

يفترض الإعفاء من المسؤولية العقدية، قيامها في الأصل، وهي تتحقق إذا توافرت أركانها: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية.

الفرع الأول

الخطأ

يمثل الضرر الناشىء عن الخطأ العنصر الشخصي أو الذاتي في المسؤولية المدنية، وهو أهم أركان

المسؤولية جميعاً بل هو الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية وبدونه لا تتحقق[١].

ويعدَ الضرر بحسب الأصل بادرة النزاع الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بنوعيها التقصيرية أو التعاقدية[٢]، فإذا لم يكن هناك ضرر فلا تكون هناك مسؤولية.

والأصل أن الشخص يسأل عن الضرر الذي يحدثه بفعله الخاطئ لغيره، وهذه هي المسؤولية عن الفعل أو العمل الشخصي. ولكن القانون لا يكتفي بذلك، فهو يحمل الشخص، في حالات معينة، المسؤولية عن فعل غيره؛ بل إنه في حالات أخرى محددة، يحملها المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الأشياء[٣].

وإذا كانت النظم القانونية قد تباينت مواقفها من أساس المسؤولية المدنية فإنها لم تختلف قط حول ضرورة اشتراط الضرر لقيام هذه المسؤولية، فالضرر هو الركن الذي لا خلاف عليه من أركان المسؤولية المدنية.

ولم يعرف المشرع الكويتي المقصود بالخطأ؛ وإنما أشارت المادة (٢٢٧) من القانون المدني الكويتي إلى الخطأ باعتباره ركناً من أركان المسؤولية المدنية حين نصت على أن: (كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه سواءً أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً)).

وأوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي العلة في عدم تعريف الخطأ بقولها: ((ولم يشأ المشروع أن يحدد المقصود بالخطأ كركن لقيام المسؤولية، تاركاً أمره لاجتهاد الفكر القانوني، وذلك بغية أن يضفي عليه ما ينبغي له من مرونة وانطلاق))[٤]. ولم يعرف القانون المدني الأردني الخطأ أيضاً مثل القانون المدني الكويتي فجعل فاعل الضرر هو المخطئ والمسؤول عن التعويض، فقد نصت المادة (٢٥٦) منه على أن: ((كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بالتعويض)).

---

(١) فيض الله، محمد فوزي، ١٩٣٦م، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، ص١٤٨.

(٢) الشامي، محمد حسين، ١٩٩٠م، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٨٩.

(٣) عبد الباقي، عبدالفتاح، مصادر الالتزام في القانون الكويتي، مع المقارنة بالفقه الإسلامي وأحكام المجلة، كلية الحقوق والشريعة، الكويت، د. ت، ص١٩.

(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، معدلة بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦م، إدارة الفتوى والتشريع، الكويت، ١٩٩٨م، ص٢١٧.

ولمْ تتطرق النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية العقدية هي الأخرى للخطأ، وإنما أشارت إلى علاج آثاره لمن أصابه ذلك الخطأ بضرر، وذلك على نحو ما نصت عليه المادة (٢١٥) مدني مصري بقولها: ((إذا استحال على الملتزم أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه القاضي بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه))، ومقتضى هذا النص أن المتعاقد الذي التزم ولم ينفذ التزامه، دون أن يمنعه من التنفيذ قوة قاهرة، أو حادث مفاجئ، يعتبر مخطئاً بمجرد عدم الوفاء بالالتزام. فعدم قيام المدين بالتزامه العقدي، يعتبر هذا هو الخطأ العقدي ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالتزام ناشئاً عن عمد أو عن إهماله أو عن فعله (أي دون عمد أو إهمال)[1].

كذلك لم تعرف النصوص القانونية في التشريع الكويتي الخطأ العقدي وإنما أشارت إلى علاج آثاره، فمثلاً نصت المادة (٢٩١) مدني كويتي على أنه: ((إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل أخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام، وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين مع عدم الإخلال بحقه في التعويض)). وكذلك فعل المشرع الأردني فقد نصت المادة (٣٥٦) مدني أردني على أنه: ((١- إذا كان موضوع الحق عملاً واستوجبت طبيعته، أو نص الاتفاق على أن يقوم المدين به بشخصه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء به من غيره. ٢- فإذا لم يقم المدين بالعمل جاز للدائن أن يطلب إذناً من القضاء بالقيام به على نفقة المدين أو تنفيذه دون إذن إذا استوجبت الضرورة ذلك)).

ووفقاً لما سبق، إذا أخل المدين بالتزامه بأن لم يتم العمل الملتزم به، وكانت الأعمال التي قام بها المدين مما يمكن إزالتها، مثل غلق المحل التجاري، أو هدم البناء الذي أقيم على خلاف الالتزام، كان للدائن أن يطلب من المحكمة الحكم بالإزالة، وله أن يطلب ترخيصاً من القضاء في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين مع

---

(١) السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني (١) نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص٦٥٦.

عدم الإخلال بحقه في التعويض[1].

ويرى الفقه أن موقف القانون من تعريف الخطأ اقتصر على وضع الضوابط العامة التي تحكم السلوك ممثلة في:

١ - أوجب القانون على الكافة عدم الإضرار بالغير.

٢ - أوجب على الكافة أن يبذلوا في كل أعمالهم عناية الرجل الحريص.

٣ - أوجب القانون على كل متعاقد الوفاء بما التزم به.

٤ - أوكل القانون تعريف الخطأ إلى الفقه والقضاء مما نستخلصه من طبيعة أوامر القانون ونواهيه[2].

ويقسم الخطأ من حيث درجة جسامته إلى:

١- خطأ تافه، وهو الخطأ الذي يقع بالقدر الضعيف من الإهمال وعدم الانتباه ولا يقترفه الرجل الحريص، وبهذا الخطأ تتوافر المسؤولية، مادام قد ترتب عليه ضرر بالغير، إذ إن القانون لم يعلق قيام المسؤولية على درجة معينة من الخطأ.

٢- الخطأ اليسير: وهو الخطأ الذي يرتكبه شخص معتاد في حرصه وعنايته.

٣- الخطأ الجسيم: وهو الذي لا يرتكبه أقل الناس عناية[3].

الفرع الثاني

الضرر

الضرر ركن هام وأساسي من أركان المسؤولية المدنية، فإذا لم يكن ثمة من ضرر فليس من مسؤولية

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص٢٦٨.

(٢) الشامي، محمد حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٩٢.

(٣) حسين عامر، عبدالرحيم عامر، ١٩٧٩م، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، القاهرة، ط٢، ص١٤٨-١٥٧.

مدنية سواءً أكانت تقصيرية أم عقدية(١).

والضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية واستحقاق التعويض، ويعد الضرر أهم أركان المسؤولية المدنية ومناط قيامها، فلا مسؤولية ولا تعويض دون ضرر، حتى ولو كان هناك خطأ وذلك كقاعدة عامة(٢) ، وإن كان هناك بعض الحالات التي تقوم فيها المسؤولية المدنية بصرف النظر عن إثبات الضرر، من أمثلة هذه الحالات الاعتداء على الملكية واشتراط بند أو شرط جزائي في المسؤولية العقدية، حيث يجب إعمال الشرط الجزائي، دون حاجة لأن يقيم المدين الدليل على ضرر أصابه والواقع أن المسؤولية تقوم في هذه الحالات على ضرر مفترض يعفي المضرور من إثباته(٣).

ويعرف جانب من الفقه الضرر بأنه: ((الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة، سواءً كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته، أو شرفه واعتباره أو غير ذلك))، وهو شرط أولي لقيام المسؤولية المدنية وإمكان المطالبة بالتعويض لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر أصاب مطالبه؛ لأن مدعي المسؤولية لا يكون له مصلحة في الدعوى إلا إذا كان قد أصابه ضرر يطالب بتعويضه، والضرر نوعان، ضرر مادي وأدبي، والمادي هو ما يسبب للشخص خسارة مالية، ويعتبر ضرراً مادياً كل مساس بحقوق الشخص المالية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الدائنة، وكذلك كل مساس بصحة الإنسان وسلامة جسمه إذا كان يترتب عليه خسارة مالية كالإصابة التي تعجز الشخص كلياً أو جزئياً، وكل مساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الإنسان كالحرية الشخصية وحرية العمل وحرية الرأي، إذا كان يترتب عليه خسارة مالية كحبس شخص دون حق أو منعه من السفر إلى جهة معينة، للحيلولة دون قيامه بعمل معين يعود عليه بربح مالي، أو يدرأ عنه خسارة مالية. أما الضرر الأدبي فلا يترتب عليه خسارة مالية، ويعتبر ضررا أدبياً كل مساس بشرف الشخص واعتباره كما في القذف والسب، وكل

---

(١) حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص٣٣٢.

(٢) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٨١.

(٣) المرجع السابق، ص٨٢، النقيب، عامر، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، ص٢٥٥.

ألم يصيب الإنسان في جسمه أو في عاطفته كما في الضرب والإهانة من قبل عزيز، وبوجه عام كل اعتداء على حق كانتهاك حرمة ملك الغير، مادام المساس أو الاعتداء في جميع الأحوال لم تنشأ عنه خسارة مالية(١).

ويعرف جانب آخر من الفقه الضرر متضمناً تعريف كل أنواع الضرر بقوله: ويتمثل الضرر في الأذى أو الخسارة التي تلحق الشخص في نفسه أو في جسمه، وهذا هو الضرر الجسماني أو البدني، ويعبر عنه بأذى النفس، أو أذى يلحق الشخص في ماله، وهذا هو الضرر المالي أو المادي، أو يلحق الشخص في شرفه واعتباره، وهذا هو الضرر الأدبي أو المعنوي.

والضرر الموجب للتعويض هو الذي يترتب عليه المساس بحق من حقوق المضرور، أو المساس بمصلحة مشروعة له يحميها القانون(٢).

الفرع الثالث

علاقة السببية

علاقة السببية بين الخطأ والضرر معناها أن توجد علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، والسببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية(٣).

ولعلاقة السببية أهمية كبرى في مجال المسؤولية المدنية فهي التي تحدد الفعل الذي سبب الضرر وسط الأفعال المتنوعة المحيطة بالحادث فإذا وقع الضرر وكان السبب في وقوعه هو الفعل غير المشروع للمدعى عليه، فإن المسؤولية المدنية تنشأ في هذه الحالة، وعلى العكس فإذا اثبت أن الفعل غير المشروع الذي وقع من جانب المدعى عليه لم يكن له أي أثر في حدوث الضرر، فإن المدعى عليه غير مسؤول لعدم قيام المسؤولية، وفي مجال المسؤولية عن فعل الأشياء تبرز أيضاً أهمية علاقة السببية حيث يلزم أيضاً أن يكون فعل الشيء هو الذي سبب الضرر، كذلك ترجع أهمية علاقة السببية في أنها تستعمل في نطاق تحديد نطاق المسؤولية،

(١) مرقس، سليمان، العمل غير المشروع أو الفعل الضار، المرجع السابق، ص٣٤، ٣٥.
(٢) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٨٣، ٨٤.
(٣) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط، المرجع السابق، ص٨٧٢ فقرة (٥٨١).

فالضرر في أغلب الأحيان يترتب عليه أضرار أخرى، وفي هذه الحالة يلزم معرفة هل سيتحمل الشخص الذي سبب الضرر الأول كل الأضرار الأخرى المترتبة عليه(١).

وفكرة الخطأ وفكرة السببية ينتمي كل منهما إلى نطاق مختلف، فالأولى فكرة موضوعية، ومن ثم فهي لا تخضع في دراستها إلا للقواعد المنطقية وعلى العكس من ذلك نجد الفكرة الثانية ترتبط بوجهة النظر الأخلاقية والقانون. وعلى هذا فلابد من الاستعانة بالقواعد الأخلاقية والقانونية في معالجتها. فإذا كان الضرر أن ينسب للمدعى عليه أو الأشخاص أو الأشياء التي يسأل عنها فإن هذا الأخير يجب أن يعفى من المسؤولية ولكنه لا يعفى في حالة ثبوت نسبة الضرر إلى المدعى عليه ولا يكفي أن ينسبب الضرر إلى شخص بل يجب أن يثبت أنه هو مسبب الضرر، وإذا كانت السببية الفعل الضار والضرر أمراً لابد منه من أجل الحصول على التعويض وثبوت وجودها، فإن البحث ينصرف بعد ذلك إلى سلوك الشخص لمعرفة هل هو سلوك سليم أم لا على أساس الأفكار القانونية يمكن الحكم على السلوك بالخطأ أو عدمه على ضوء هذين البحثين يمكن الحكم بوجود المسؤولية أو بعدم وجودها، فإذا كانت علاقة السببية غير كافية أو أن الخطأ غير كافٍ حكم برفض المسؤولية ولكن إذا كان الشرطان الضروريان قد تحققا فإن القضاء يحكم بالتعويض، وفي هذه الحالة يجب أن يلاحظ أنه لا يمكن القول بعدم وجود علاقة سببية لأن الخطأ ضعيف جداً لأننا نكون قد خلطنا بين السببية والخطأ(٢).

ويكون لقاضي الموضوع السلطة المستقلة في استخلاص علاقة السببية، دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض طالما جاء الحكم سائغاً لما استخلصه من وقائع الدعوى.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن أن ((استخلاص السببية بين الخطأ والضرر من

---

(١) مأمون، عبد الرشيد، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٣.

(٢) المرجع السابق، ص٨.

مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغاً))(١).

وقضت محكمة التمييز الكويتية في هذا الشأن: ((أن لمحكمة الموضوع السلطة في تحصيل مهم الواقع في الدعوى، وفي تقدير ما يقدم إليها من الأدلة والبينات. وفي استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر، بغير معقب، متى كان استخلاصها سائغاً))(٢).

وأكدت محكمة التمييز الكويتية هذا الاتجاه في أحكامها، وقضت في آخر حكم أن: ((استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر هو من أمور الواقع التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع، بغير معقب عليه في تقديره مادام استخلاصه سائغاً ومستنداً إلى ما هو ثابت بأوراق الدعوى، على أن يكون الضرر الذي يعوض عنه قد نجم مباشرة عن الخطأ بحيث لم يكن في المقدور تفاديه ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحالة من الشخص العادي))(٣).

هذه الأركان الثلاثة إذا توافرت تحققت المسؤولية المدنية التي يكون جزاؤها التعويض، أما إذا انتفى أي ركن من هذه الأركان سقطت المسؤولية، ولا يكون هناك سبيل للمطالبة بالتعويض. وقضت محكمة التمييز الكويتية أنه: ((في العقود الملزمة للجانبين إذا قعد أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه التعاقدي، فإن ذلك يرتب تعويضاً للطرف الآخر المضرور، نتيجة الإخلال بهذا الالتزام))(٤).

فسقوط المسؤولية لسقوط أحد أركانها لا يحتاج إلى الإعفاء منها من جانب المضرور، حيث إن المسؤولية

---

(١) (نقض ٢٨/٤/١٩٨٥م، طعن رقم ١٤٢ لسنة ٥٢ق، نقض ١٩/٣/١٩٨٥م، طعن رقم ٦٦٢ لسنة ٥١ قضائية، انظر الشواربي، عبد الحميد، الديناصوري، عز الدين، ١٩٨٨م، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، ص٧٧١).

(٢) (الطعن ٢٦٢/٩٠ تجاري جلسة ١٧/٢/١٩٩٢م)، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، ق٣، ج٣، ١٩٩٩م، إصدار المكتب الفني بوزارة العدل بالكويت، ص٨٦١، قاعدة (٩٥).

(٣) (الطعن ٧١/٩٢ تجاري جلسة ٣/١/١٩٩٣م)، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، ق٣، ج٣، المرجع السابق، ص٨٦١، قاعدة (٩٦)، انظر أيضاً الطعون (١٣٨/٩٣ تجاري جلسة ٢١/١١/١٩٩٣م، الطعن ٧٨/٩٤ تجاري جلسة ٢٠/١١/١٩٩٤م، الطعن ١٠٧/٩٥ مدني جلسة ٢٢/١/١٩٩٦م) انظر نفس المرجع، ص٨٦٢.

(٤) الطعن ١٥٤/٨٨ تجاري جلسة ١١/١٠/١٩٩٤م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية، ق٣، ج٢، ١٩٩٩م، ص١٧١ قاعدة (٣٣).

المدنية في هذه الحالة لم تكن قائمة.

والإعفاء من المسؤولية يكون عن طريق الاتفاقات، وهذه الاتفاقات يقصد بها تعديل آثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد أو المتولدة عن إتيان فعل غير مشروع، إما برفع المسؤولية عن المدين، فيمتنع ترتيب آثارها في ذمته، رغم توافر جميع عناصرها، ولا يلتزم من ثم هذا الأخير بدفع تعويض إلى الدائن، وإما بتخفيف المسؤولية، مع بقائها على عاتق المدين، فيتضاءل أثرهما قبله، ولا يلتزم تبعاً لهذا إلا بدفع تعويض جزئي، أو تنقص المدة التي يجوز فيها للدائن رفع دعوى المسؤولية عليه، وإما بتحديد المسؤولية بحيث يقدر أثرها جزاءً بمبلغ معين فيترتب على تقديره تشديد المسؤولية إذا أصاب الدائن ضرر أقل منه، أو تخفيفها إذا أصابه ضرر أكبر منه، ويطلق في الفقه على هذا النوع الأخير اصطلاح ((الشرط الجزائي))[١].

وقد أجاز المشرع المصري الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو على التخفيف منها، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢١٧) من القانون المصري على أنه: ((يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم)).

وأجاز المشرع الكويتي الاتفاق مقدماً على الإعفاء منها أو تخفيفها، إلا ما ينشأ عن غش المدين أو خطئه الجسيم، وفي ذلك تنص المادة (٢٩٦) الفقرة الأولى منها من القانون المدني الكويتي على أنه: ((يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، أو على التأخر في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم)).

كما أجاز المشرع الكويتي الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، فنصت المادة (٢٩٦) في الفقرة الثانية منها من القانون المدني الكويتي على ما يلي: ((يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه)).

---

(١) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص١٠.

ومن صور اتفاقات الإعفاء في القانون المدني الكويتي، ما تنص عليه المادة (٤٩٥) من أنه: ((يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب أو ينقصا منه أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه)).

فأحكام ضمان العيب الخفي الواردة في القانون المدني أحكام مكملة لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها. ولهذا يجوز الاتفاق على زيادة الضمان أو على إنقاصه عن القواعد العامة كما يجوز الاتفاق على إسقاطه[1].

ويتشابه الإعفاء من ضمان العيب مع الإعفاء من المسؤولية العقدية من حيث جواز كليهما، وإعمالاً للمادتين (٢٩٦، ٤٩٥) من القانون المدني الكويتي، كما أن الإعفاء يبطل إذا كان المتعاقد قد تعمد إخفاء العيب غشاً، أو إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى غش المدين أو خطئه الجسيم. ولكن الفارق الأساسي بينهما يكمن في الوسيلة الفنية التي عن طريقها يؤدي الشرط إلى الإعفاء.

ففي مجال الإعفاء من الضمان يؤدي الشرط إلى إعفاء البائع من التزامه العقدي بالضمان، والإعفاء من الالتزام يحول دون نشأة المسؤولية بالحيلولة دون توافر شروطها، ومن ثم يعفى من تعويض الضرر الذي يترتب عليه العيب لأنه لا يضمن العيب أصلاً.

أما شرط الإعفاء من المسؤولية فلا يعفى المدين من التزامه العقدي، فيظل ملتزماً بما يفرضه عليه العقد من عمل أو امتناع عن عمل، ولكن إذا لم ينفذ التزامه فلا يكون مسؤولاً عن تعويض الدائن. فالإعفاء من المسؤولية لا يحول دون نشأة المسؤولية وقيامها، ولكن يحول دون ترتب نتائج المسؤولية وهي الالتزام بالتعويض[2].

ومن الصور التي يمنع الاتفاق فيها على الإعفاء من المسؤولية:

---

(١) الأهواني، حسام الدين كامل، ١٩٨٩م، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، الكويت، جامعة الكويت، ص٧١١.

(٢) الأهواني، حسام الدين كامل، المرجع السابق، ص٧١٥.

- في عقد البيع وفقاً للقانون المدني الكويتي تنص المادة (٤٨٧/٢): ((ومع ذلك يقع باطلاً كل شرط بإنقاص الضمان أو إسقاطه، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئاً عن فعله)).

- وفي عقد الإيجار، تنص المادة (٥٨٤) من القانون المدني الكويتي على أن: ((يقع باطلاً كل شرط بالإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب، إذا كان المؤجر قد تعمد إخفاء سبب الضمان)).

- وفي عقد المقاولة وفقاً للمادة (٦٩٢/١) من القانون المدني الكويتي ((١- يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت ثابتة، وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء مع مراعاة ما تقضي به المواد التالية)).

ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء من هذا الضمان بالنسبة للمقاول والمهندس، وكل اتفاق في هذا الشأن يقع باطلاً، فقد نصت المادة (٦٩٧) من القانون المدني الكويتي على أن: ((كل شرط بإعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو بالحد منه يكون باطلاً)).

– وفي عقد الفندقة، طبقاً للمادة الثانية من القانون رقم ٧٣/١١٤١ الصادر في ٢٤ ديسمبر ١٩٧٣ المعدلة للمادة ١٩٥٣ من التقنين المدني الفرنسي فإن أصحاب الفنادق يسألون عن حوادث السرقة للأشياء الخاصة بالنزلاء والمودعة لديهم، سواء ارتكب هذه الحوادث العاملون في هذه الفنادق أو غيرهم من الأشخاص. وهذه المسؤولية لا يمكن الحد منها، حتى ولو نص على خلاف ذلك. وفي حالة سرقة أو إتلاف الأشياء المودعة لدى أصحاب هذه الفنادق، وفي الحالات الأخرى يكون التعويض المستحق للنزيل بما يعادل مئة مثل القيمة الإيجارية للمكان الذي يشغله مع بطلان الشروط التي تقدر التعويض بأقل من ذلك. ويستحق النزيل تعويضاً كاملاً إذا أثبت أن الضرر الذي لحقه كان ناشئاً عن وقوع خطأ من جانب صاحب الفندق أو أحد أتباعه الذين يضمنهم[1].

وفي القانون المدني الكويتي، يكون أصحاب الفنادق مسؤولين عن العناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها

---

(١) يحيى، ياسين محمد، المرجع السابق، ص٣٠.

النزلاء، كما أنهم يكونوا مسؤولين عن فعل المترددين على هذه الفنادق، وذلك وفقاً للمادة (٧٣٣) الفقرة الأولى منها التي تنص على أن ((يكون أصحاب الفنادق وما ماثلها، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها النزلاء، مسؤولين حتى عن فعل المترددين على محالهم)).

وأصحاب الفنادق غير مسؤولين بالنسبة إلى النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يجاوز ألف دينار، ما لم يكونوا قد تسببوا في وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم، أو يكونوا على علم بقيمة هذه الأشياء قد أخذوا على عاتقهم حفظها، أو رفضوا دون سبب معقول أن يتسلموها عهدة لديهم. وذلك وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٧٣٣) مدني كويتي.

ونصت المادة (٧٣٥) مدني كويتي على أنه: ((يقع باطلاً كل شرط بإعفاء صاحب الفندق من المسؤولية أو بالتخفيف منها)).

المطلب الثاني

شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية

تناولنا من قبل المقصود بشروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وخلصنا إلى أنها اتفاقيات يتنازل فيها أحد طرفيها عن حقه في التعويض قبل الآخر، فإذا أصابه ضرر يكون هذا الأخير مسؤولاً عنه، أو بعبارة أخرى ملتزماً بتعويضه. وتلحق هذه الاتفاقات في العادة بالعقود، وتأخذ شكل بنود فيها، فهي اشتراطات يصبح بمقتضاها طرف في اتفاق بأنه غير مسؤول تجاه الآخر عن الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه، والتي لولاها لكان يتعين عليه أن يعوض هذا الأخير عنه. ويكون على هذا الوجه موضوع الاتفاق، أو البند هو إعفاء المدين من النتائج المالية المترتبة على خطئه، ويفترض توافر جميع عناصر المسؤولية قبله. فنتيجة الخطأ وفقا للمبادئ العامة، التزام من ارتكبه بتعويض الضرر الذي نشأ عنه، ويؤدي الاتفاق، أو البند إلى تجنب المدين لهذه

النتيجة، بحيث لا يقوم في ذمته الالتزام بالتعويض، ويتحمل الدائن وحده الضرر الذي أصابه(١).

وتتمتع هذه الاتفاقات بمزايا، كما يلحقها بعض المساوئ، وفي العادة تأخذ هذه الاتفاقات شكل بنود في العقد، أو في بند مستقل، وقد لا تأخذ هذه الأشكال.

ونتناول فيما يلي شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وذلك بعرض مزاياها ومساوئها في الفرع الأول، ثم عرض صور وأشكال هذه الاتفاقات في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مزايا ومساوئ شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية

أولاً: مزايا شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية:

تخفف شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية من وطأة المسؤولية واشتدادها على الأفراد في ظل التطورات الحديثة في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية بين الناس.

وإذا كان تشابك سبل الحياة في الجماعات الحديثة، وضخامة الوسائل المستخدمة في مختلف نواحي النشاط، والسرعة التي يتسم بها قضاء الحاجات فيها، ونمو العلاقات الاجتماعية والاقتصادية بين الناس، أدى إلى اتساع مسؤولية الأفراد واشتداد وطأتها عليهم، فإن هؤلاء الأفراد قد بذلوا جهدهم في التخلص من المسؤوليات التي تهددهم، أو على الأقل في تخفيف آثارها على ذمتهم المالية، تارة بحذف التزام ناشئ عن العقد، أو بتخفيفه، وتارة أخرى بالتأمين من المسؤولية، وأخيراً اتفاقات تتعلق بهذه المسؤولية(٢).

ويرجع استخدام شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية لاعتبارات متعددة، فقد يكون الإعفاء ضرورياً لقبول المدين المتعاقد، وذلك إذا كان الالتزام الذي يتحمل به المدين احتمالياً لا يخفى احتمالات عدم تحققه. وقد يرجع ذلك إلى أن الدائن يتحمل في المقابل أقساطاً أو مقابلاً كبيراً، ويخفض عما كان يتحمله غياب شرط عدم

---

(١) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص٤٠.

(٢) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص١٢.

المسؤولية، وقد يكون الدائن قد أبرم تأميناً لحمايته من عدم تنفيذ الالتزام(١).

فاتفاقات الإعفاء من المسؤولية لا تخلو من فائدة، في الوقت الحاضر، الذي اتسع فيه نطاق المسؤولية على وجه يهدد نشاط الأفراد ويعرقل روح الأقدام عندهم، فيمكنهم بهذه الاتفاقات، تمهيد الطريق أمام المشروعات الحديثة، التي تعود بالنفع على الجماعة. ويقوم فضلاً عن هذا في جانب اتفاقات رفع المسؤولية، مبدأ سلطان الإرادة، فلا شك أن الأفراد يدركون حقيقة مصالحهم، وهم أقدر على تنظيم علاقاتهم، وقد يرى الدائن أن مصلحته في قبول بند يرفع مسؤولية المدين، إذا كان ما يحصل عليه في مقابل الرضاء به، يفوق في نظره الضرر الذي يحتمل أن ينجم عنه(٢).

ثانياً – مساوئ شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية:

لا شك أن اتفاقات الإعفاء من المسؤولية، في دائرة العلاقات العقدية، تبدو وصفاً مخالفاً لطبيعة الأشياء، لأن فكرة الالتزام المدني تقوم على إمكان تنفيذه جبراً على المدين، بحيث يعد في فقه القانون الخاص أنه إذا استحال عليه الوفاء عيناً بما التزم به، دون سبب أجنبي، حكم عليه، لعدم الوفاء به، بتعويض، يعد في فقه القانون الخاص، تنفيذاً بمقابل، في حين أن تلك الاتفاقات تسقط حق الدائن في التعويض عن الإخلال بالالتزام، أو بعبارة أخرى، في التنفيذ بمقابل، وتجيز للمدين أن يتخلص من المسؤولية التي تنشأ عن هذا الإخلال، ويصبح هذا الأخير ملتزما بأداء، أو بعمل، أو بامتناع، ولكنه في الوقت نفسه، غير مسؤول عن عدم الوفاء بالتزامه، فلا يدفع تعويضاً بمقابل الأداء، أو العمل، أو الامتناع، الذي استحال عليه تنفيذه بتقصير منه. ويظهر لأول وهلة، أن فكرة الالتزام المدني تتنافى مع هذا الوضع البسيط بين قيام الالتزام وبراءة الذمة، إما أن يكون الشخص ملتزماً، فيمكن جبره على الوفاء، عيناً أو بمقابل، بما التزم به، وإما أن يكون غير ملتزم فلا تتعلق بذمته مسؤولية ما، ولكن شروط الإعفاء من المسؤولية تقيم هذا الوضع البسيط، الذي يكون فيه الشخص ملتزماً، ولا يكون في الوقت ذاته مسؤولاً أمام الدائن، عن عدم الوفاء بالتزامه، ولا يتسنى، من ثم لهذا الأخير أن يطالبه

---

(١) المحاقري، اسماعيل محمد علي، الإعفاء من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٣٣٦.

(٢) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص٤٣.

بالتعويض عن الإخلال به(١).

ويشير البعض لشروط الإعفاء من المسؤولية العقدية بأن أي اتفاق خاص بالإعفاء من المسؤولية العقدية يكون مخالفاً للنظام العام، ذلك لأن المسؤولية العقدية كنظام قانوني له جزاء هو التعويض الذي يتعلق بالنظام العام، وعلى ذلك فإن أي اتفاق يترتب عليه الإعفاء من هذه المسؤولية يكون مخالفاً للنظام العام(٢).

ومن الناحية الاجتماعية، تعتبر شروط الإعفاء من المسؤولية مدخلاً يشجع على إساءة استعمال الحرية التعاقدية، وتؤدي إلى تشجيع المدين على الإهمال وعلى عدم التحفظ والعمل دون تقدير لما يمكن أن يترتب من جرائه من ضرر لأنه لن يسأل عن عدم تنفيذ الالتزام، مما لا يضر فقط بالدائن وإنما بالمصلحة العامة(٣).

وتبدو تلك المساوئ أكثر ظهوراً في عقود الإذعان لأن شروط الإعفاء تتعلق عادة بمسؤولية الطرف القوي في العقد عن تنفيذ التزامه، أي تتعلق بمضمون الالتزام والطرف القوي يضمن العقد هذه الشروط كي تعفيه أو تقيد من المسؤولية عن عدم تنفيذ التزامه في أحوال معينة، فلو أخذ بها أوصل الآخر في كثير من الأحيان إلى إعفاء الطرف القوي في العقد من المسؤولية عن عدم التزامه رغم استناد ذلك إلى غش أو خطأ يجب أن يأخذ بهما، فالضعيف دائماً تحت رحمة القوي(٤).

ويعني ذلك خضوع الطرف الضعيف في عقود الإذعان للشروط التي يفرضها الطرف القوي.

الفرع الثاني

صور شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية

هناك صور مختلفة لشروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، تتمثل في الآتي:

الصورة الأولى – أن يكون الشرط بنداً في العقد:

---

(١) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٤٢.

(٢) د. ياسين محمد يحيي، المرجع السابق، ص٤٨.

(٣) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص٤٣.

(٤) المحاقري، اسماعيل محمد علي، الإعفاء من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٣٣٨.

هذه الصورة هي الغالبة في شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فيدرج في العقد بنود تتعلق بآثار إخلال أحد العاقدين فيه بالتزاماته الناشئة عنه، بحيث تعفيه من التعويض عن الضرر الذي نشأ عن هذا الإخلال[١].

الصورة الثانية – الشرط وليد اتفاق مستقل:

قد يأخذ شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، صورة اتفاق مستقل بعد انقضاء العقد.

وفي أي من الصورتين، يجب قبول الدائن لهذا الشرط وذلك بالتوقيع على العقد أو على الاتفاق.

ويجب أن يكون علم الدائن بالشرط، ومن ثم قبوله له سابقاً، أو على الأقل، معاصراً لإبرامه، لأن رضاء الدائن يتعين أن يرد عليه، كما يرد على بقية البنود في العقد، أما إذا علم الدائن به بعد إبرام العقد، بتطابق الإرادتين عليه، فقد قام العقد خالياً منه، ولا يكون لعلمه به أي آثر. فالأساس قبول الدائن للبند أو لشرط الإعفاء قبل إبرام العقد، ويتعين على المدين أن يقيم الدليل على قبوله له قبل إبرامه. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في حكم لها، وألزمت قضاء الموضوع، قبل تطبيق بند الإعفاء من المسؤولية، البحث فيما إذا كان العاقد، الذي يجتمع عليه به، قد قبله، كما بددت، في الحكم ذاته، كل شك يمكن أن يثور في تحديد الوقت الذي يجب قبول البند فيه، وأكدت أن هذا القبول يجب صدوره قبل إبرام العقد[٢].

الصورة الثالثة – شرط الإعفاء ليس مدرجاً في العقد وليس اتفاقاً مستقلاً:

في هذه الصورة تأخذ شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، صوراً أخرى، كأن يكون الشرط مكتوباً في ((لافتات)) معلقة على جدران محل المدين، أو في الأمكنة التي يرتادها الدائن أو مدرجاً في ورقة لا تحمل توقيع الأخير، وإن سلمها له المدين.

في هذه الصور يجب أن يثبت علم الدائن بشرط الإعفاء، موضوع إيجاب المدين، وقبوله له، في الوقت الذي تتطابق فيه إرادتاهما على بقية البنود، وإلا قام العقد بينهما غير محتوٍ على البند الذي يرفع أو يخفف

---

(١) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، ص١٢.

(٢) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص١٥.

مسؤولية المدين، وتعين لإلزام الدائن به أن يكون، ومن جديد، موضوع اتفاق لاحق يعدل به الطرفان العقد السابق، ويكتفي المدين، في العادة باللافتة المعلقة أو بالورقة المسلمة، دون أن ينبه الدائن إلى البند الذي يرفع، أو يخفف مسؤوليته، ويقوم العقد بينهما دون أن يحصل المدين على قبول الدائن هذا البند بشكل صريح، ثم يثور النزاع بينهما عندما تتحقق مسؤولية المدين، ويمسك هذا الأخير بالبند، في مواجهة الدائن، ليتخلص من التزامه بالتعويض، أو يحصره في حدود، ويتعين من ثم تطبيق المبادئ العامة، يجب على المدين أن يثبت قبول الدائن للبند مثار النزاع، حتى يجوز له أن يمسك به في مواجهته، ولا يستلزم أن يكون هذا القبول صريحاً، لأن التعبير عن الإرادة، كما يجوز أن يكون صريحاً، يمكن أن يكون ضمنياً، إذا كان المظهر الذي اتخذه لم يقصد به إحاطة الغير علماً بها، ولكنه مع ذلك يكشف عنها، ويدل قطعاً على وجودها، وقيام الدائن بإبرام العقد، بعد علمه بالبند، الذي يرفع أو يخفف مسؤولية المدين، تعبير ضمني، وإن كان قطعياً، عن رضائه به، لذلك يكفي أن يثبت علم الدائن بالبند، قبل إبرام العقد، ليكون نافذاً في مواجهته، وعلى المدين، وفقاً للمبادئ العامة، أن يقيم الدليل على علم الدائن، قبل التعاقد، بالبند الذي يرفع أو يخفف مسؤوليته. ولا يكفي لإثبات المدين هذا العلم، تعليق البند في اللافتة، أو طبعه على أوراق المدين الخاصة بسجله التجاري، أو المتصلة بتنفيذ العقد، ولو سلمت إلى الدائن وقت إبرامه، حيث لا يمكن القول على وجه اليقين، بأن هذا الأخير، في تلك الظروف، قد علم بالبند وقت التعاقد، فقد يعلم، في هذا الوقت، بما كتبه المدين في اللافتة المعلقة، أو بما أدرجه في الورقة المسلمة، وقد لا يعلم به إلا بعد إبرام العقد، ووقت تنفيذه، بل قد يفاجأ به، بعد وقوع الضرر، وعند المطالبة بتعويضه، حين أن قبول الدائن للبند، لتضمنه تنازلاً، أن يكون قاطعاً. وإذا كانت بعض الأحكام ، في فرنسا، قد قضت بتطبيق البند، المطبوع في تذكرة، أو إيصال، سلم إلى الدائن، وقت إبرام العقد، ولو كان غير موقع عليه منه، فإن محكمة النقض الفرنسية في أحكام حديثة قد أدانت هذا الاتجاه(١).

إذن يجب العلم اليقيني بشروط الإعفاء المذكورة في العقد، ولا يمكن أن يقوم ((إمكان علمه)) بالشرط مقام علمه الفعلي به، لأن مبادئ الأمانة، وحسن النية، التي يجب أن تسود المعاملات القانونية، تملي على المدين،

(١) زكي، محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص١٨.

أن ينبه الدائن إلى الشرط، لخطورته على حقوقه. وقد أدت هذه الفكرة بالمشرع الكويتي في المادة (٧٨٢) من القانون المدني، أن يستلزم، في وثيقة التأمين، أن يبرز بشكل ظاهر، كل شرط أو بند يقرر السقوط أو البطلان أو التحكيم، وإلا كان هذا البند باطلاً ، ويلتزم به المستأمن الذي وقع على تلك الوثيقة، وفي ذلك تنص هذه المادة على أنه: ((لا يجوز الاحتجاج على المؤمن له بالشروط المتعلقة بالبطلان أو بالسقوط أو بالتحكيم، إلا إذا أبرزت بطريقة متميزة، كأن تكتب بحروف أكثر ظهوراً أو أكبر حجماً)).

ويكون علم الدائن بشرط الإعفاء بعد إبرام العقد فاقد الأثر القانوني، أي أن الأثر القانوني لشرط الاعفاء هنا غير قائم لعدم علم الدائن بهذا الشرط قبل إبرام العقد، ولا يستطيع المدين أن يفرضه على الدائن، رغماً عنه، إذ لا يستطيع أحد العاقدين تعديل العقد دون رضاء الآخر، إلا في حالات استثنائية تفرضها نصوص خاصة على نقيض ما تمليه المبادئ العامة. كما لا يستطيع المدين أن يتمسك بشرط الإعفاء استناداً إلى جريان العادة به، أو إلى وجوده في عقود سابقة، أو بين الشروط العامة لممارسة المهنة، أما إذا ظهر الشرط في تعريفة رسمية، مصدق عليها بمرسوم، أو قرار جمهوري، فإنه يفترض علم الدائن به، وقبوله له، إذ ((لا يفترض في أحد الجهل بالقانون)). وقد طبق القضاء الفرنسي هذه المبادئ في أقضية عديدة على العقود المختلفة، ومن أمثلة هذه الأحكام، أن أقرت محكمة النقض قاضي الموضوع على حكمه، الذي رفض فيه إلزام العميل ببند رفع المسؤولية، المطبوع على ظهر الإيصال، الذي سلمته إليه إدارة مصبغة على ثوب عهد به إليها لصباغته، لأنه لم يثبت قبوله له، واعتبر هذه الإدارة مسؤولة عن الأضرار التي لحقته. وفي حكم آخر قضت، بأن البائع لا يمكن أن يتحلل من التزامه بضمان العيوب الخفية بتعليق ((لافتة)) في محله، إلا إذا قام الدليل على أن هذه ((اللافتة)) كانت معلقة، في اليوم والساعة، الذين حصل فيهما البيع، وأن المشتري قد رآها. وحكمت أيضاً أنه لا يجوز لصاحب ((الكراج)) أن يحتج على العميل، بشرط تحديد المسؤولية ، إلا إذا أثبت علم الأخير به وقبوله له، ولا يستخلص هذا الإثبات من إعلان البند أو لشرط في ((لافتة)) علقت على جدران ((الكراج)) والمكتب، ولا

من صفة العميل، وكونه مقاولاً للنقل، ومعتاداً بالتالي على ارتياد ((الكراجات))[1].

ونخلص مما سبق أنه سواءً أكانت صورة شرط الإعفاء بنداً في العقد، أو اتفاقاً مستقلاً عن العقد، أو بنوداً وضعت في لافتة تخص المحل، فإنه يجب العلم اليقيني بشرط الإعفاء بالنسبة للدائن، ولا يفترض هذا العلم.

(١) انظر زكي، محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص٢٠ - ٢٢.

المبحث الثاني

أثر اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية

إذا كان اتفاق الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحاً مستوفياً شروطه القانونية فإنه ينتج أثره، وهو إعفاء المدين من الالتزام بالتعويض الذي ترتب على مسؤوليته، وذلك في حدود الاتفاق.

ويستلزم بحث أثر اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، بحث أثر هذه الاتفاقات على الخطأ وهل تنتج أثرها إذا كان الخطأ يسيراً أم جسيماً، كما يقتضي بحث أثر اتفاقات الإعفاء من المسؤولية، أثر هذه الاتفاقات بالنسبة إلى الأشخاص الذين يستفيدون منه والأشخاص الذين يحتج به في مواجهتهم.

كذلك يقتضي الأمر بحث أثر بطلان اتفاق الإعفاء من المسؤولية العقدية على العقد.

وبناءً على ما تقدم سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: أثر اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية من حيث الموضوع.

المطلب الثاني: أثر اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية من حيث الأشخاص.

المطلب الثالث: أثر بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية على العقد.

المطلب الأول

أثر اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية من حيث الموضوع

يقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: أثر اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية على عبء الإثبات.

الفرع الثاني: أثر اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، على المسؤولية التقصيرية.

الفرع الأول

أثر اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية على عبء الإثبات

في إطار المسؤولية العقدية والتي يكون محلها التزاماً بتحقيق نتيجة، كما هو الحال في عقد النقل، يكون الدائن ملتزماً بإثبات الالتزام، ويتعين على المدين التخلص منه، وله في ذلك إقامة الدليل على أن عدم تنفيذه يرجع إلى السبب الأجنبي (قوة قاهرة، خطأ المضرور، خطأ الغير). فالمدين تسقط عنه المسؤولية الناشئة عن سبب أجنبي، وله الحق في أن يعفي نفسه بمقتضى الاتفاق أيضاً من المسؤولية الناشئة عن الخطأ اليسير، أو أخطاء تابعيه، فعند وجود شرط عدم المسؤولية تتحدد مسؤولية المدين في حدود الخطأ الجسيم والغش، أي أنه بمقتضى الاتفاق له أن يوسع نطاق وسائل الإعفاء من المسؤولية، فإلى جانب السبب الأجنبي يضاف الخطأ اليسير وخطأ المساعدين، أو بعبارة أخرى أحد الأخطاء المتفق على الإعفاء من المسؤولية عنها، (فيما عدا الخطأ الجسيم والغش) فيصبح من حق المدين لكي يتخلص من المسؤولية عند وجود شرط عدم المسؤولية إقامة الدليل على أن عدم التنفيذ يرجع إما إلى السبب الأجنبي، فيعفى قانوناً من المسؤولية، أو يرجع إلى الخطأ المتفق على الإعفاء من المسؤولية عنها، فيعفى اتفاقاً من المسؤولية، بحيث يثبت من ناحية البند الذي يعفيه من المسؤولية وقبول الدائن له، ومن ناحية أخرى توفر جميع الشروط اللازمة لتطبيقه، بأن يقيم الدليل على أن عدم تنفيذ الالتزام يرجع إلى أحد الأخطاء المتفق على رفع المسؤولية عنها في الشرط[1].

ويرى الفقه، أنه إذا اشترط أمين النقل إعفاءه من المسؤولية العقدية وأمكن تفسير ذلك على أنه إعفاء من المسؤولية عن الفعل المجرد، أو عن الخطأ التافه، فلا يكون أمين النقل مسؤولاً إلا إذا أثبت الراكب في جانبه خطأ يسيراً ومن ثم يصبح عبء الإثبات على الراكب لا على أمين النقل[2].

ويرى الفقه أن عبء إثبات الخطأ يقع على من يدعيه، وهو المضرور المدعي في دعوى التعويض، وله

---

(١) انظر زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص١١٢، انظر أيضاً استئناف مختلط ٩مارس ١٩٢٧م، مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة ٣٩، ص٣١٦.

(٢) السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط، المرجع السابق، ص٦٧٥، فقرة ٤٤٠، هامش (١).

أن يلجأ في ذلك إلى طرق الإثبات كافة باعتبار أن الإثبات يرد على وقائع مادية هي التي يتكون منها الخطأ. ويتحقق ذلك بصفة خاصة، إذا كان الواجب أو الالتزام أو الذي ترتب على مخالفته حدوث الضرر، التزاماً بوسيلة أو ببذل عناية، أما في حالة الالتزام بغاية أو تحقيق نتيجة، فيكفي عدم تحقق النتيجة لافتراض الخطأ، ما لم يقم المدعى عليه بإثبات السبب الأجنبي الذي ينسب إليه[١].

الفرع الثاني

أثر شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية على المسؤولية التقصيرية

ويثار سؤال هنا عن أثر شروط الإعفاء في حالة الخيرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، حين يأخذ بها أو لا يأخذ بها؟

في حالة جواز الخبرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، فإنه في حالة وجود شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية يكون الشرط قد قضى تماماً على المسؤولية العقدية، ولكن يجوز للدائن رغم هذه الشروط أن يطالب المسؤول بالتعويض عن الضرر الذي حدث له، إذا أثبت أركان المسئولية التقصيرية طبقاً للقواعد العامة، وذلك لأنه إذا تعاقد المدين على الإعفاء من التزاماته بصفته متعاقداً، فإن التزاماته الأخرى التي لا علاقة لها بالعقد تظل باقية لا يمسها الاتفاق السابق؛ بل إنه لو حاول المتعاقدان مسها فإن هذا لا يجوز لهما، حيث لا يصح الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع. وبهذا يقتصر أثر شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في النهاية على عكس عبء الإثبات فقط. فمثلاً يجوز للمرسل أو الشاحن على الرغم من وجود اتفاق بينه وبين الناقل على الإعفاء من المسؤولية العقدية أن يطالب هذا الأخير بالتعويض عن فقد الأشياء المنقولة أو تلفها على أساس المسؤولية التقصيرية إذا أثبت خطأه أو خطأ أحد التابعين له في تنفيذ عقد النقل[٢].

---

(١) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية والاثراء دون سبب، المرجع السابق، ص٨٠.

(٢) المحاقري، اسماعيل محمد علي، الإعفاء من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٤٥٠.

ويرى الباحث أن الأخذ بالخيرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، يضعف من أثر شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، حيث يلجأ المضرور للهروب من المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر.

وفي حالة عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، فإنه في حالة وجود شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا يجوز للدائن أن يلجأ إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ليطالب كمدين بالتعويض بمقتضاها، إذ تنفرد المسؤولية العقدية بتنظيم آثار الإخلال بالالتزامات العقدية، وعلى ذلك إذا كان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية صحيحاً مستوفياً لشروطه فإنه يترتب عليه إعفاء المدين من المسؤولية العقدية في حدود ذلك الشرط طبقاً لعدم جواز الخيرة من المسؤوليتين(١).

والرأي الراجح في الفقه أنه إذا تحققت شروط كل من المسؤوليتين التعاقدية والتقصيرية، فلا يسمح للمضرور بترك قواعد المسؤولية التعاقدية واختيار قواعد المسؤولية التقصيرية، ولو كانت أفضل له، كأن يستند عليها للحصول على تعويض كل الأضرار التي لحقته متوقعة أو غير متوقعة، أو لعدم الاحتجاج في مواجهته بشروط الإعفاء من المسؤولية، ذلك أن أحكام المسؤولية التعاقدية قد نظمت لتطبق على من تربطهم معا رابطة عقدية، إعمالاً للقوة الملزمة للعقد التي تنص بوجوب التقيد به وبأحكامه وشروطه(٢).

نخلص مما سبق أن شروط الإعفاء في ظل القانون المدني الكويتي، وخاصة المادة (٢٩٦)(٣) منه، أن شروط الإعفاء لها أثر مطلق، بحيث لا تقوم مسؤولية المدين، ولو أثبت الدائن أن الإخلال بالالتزام العقدي

---

(١) المحاقري، اسماعيل محمد علي، الإعفاء من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٤٥١.

(٢) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط، المرجع السابق، ص٦٧٨، فقرة (٤٤١)، انظر زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص١٤٥، فقرة (١٣٦)، انظر أيضاً أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٢٦.

(٣) تنص المادة (٢٩٦) من القانون المدني الكويتي على أن ((١- يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، أو على التأخر في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم.

٢- كما يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه)).

يرجع إلى خطأ يسير اقترفه المدين، أو خطأ عمدي أو جسيم اقترفه أحد مساعديه، ولا يستطيع الدائن تبعاً لهذا إثبات الخطأ أو أن يتخلص من أثر شروط الإعفاء.

المطلب الثاني

أثر شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية من حيث الأشخاص

القاعدة العامة أن أثر شروط الإعفاء من المسؤولية يقتصر على طرفي العقد، ووفقاً للمبادئ العامة في نسبية أثر القوة الملزمة للعقد، لا يجوز، لغير العاقد الذي اقتضاه أن يحتج به، وليس تابعه، ولا لأجنبي عنه، أن يدفع به دعوى لمطالبة بالتعويض لخطأ يستوجب مسؤولية إزاء العاقد الآخر، كتابع الناقل الذي سرق البضائع المنقولة، أو أجنبي عن عقد الوديعة الذي أتلف المنقول المودع. ولا يمكن من ناحية أخرى، أن يحتج به إلا على العاقد الآخر الذي قبله، وقضى وفقاً لهذه القاعدة بأن شرط رفع المسؤولية، الوارد في عقد النقل، لا يحتج به على ذوي المسافر، الذي لقي حتفه في أثناء النقل، إذا رفعوا دعوى التعويض باسمهم شخصياً، بغير التمسك بعقد النقل(١).

ومن الأشخاص الذين يحتج عليهم بشروط الإعفاء من المسؤولية، شركاء المتعاقد المستفيد من هذه الشروط.

كذلك يحتج بشروط الإعفاء من المسؤولية العقدية على كل شخص يتمسك – في مطالبته – بالدعوى المستندة إلى العقد المدرج فيه شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية. أما بالنسبة إلى الغير الذي لا يستند في دعواه بالمطالبة بالتعويض إلى العقد المدرج به شرط الإعفاء من المسؤولية، فإن هذا الشرط لا يحتج به عليه(٢).

ويورد بعض الفقه على القاعدة التي تقضي بعدم جواز الاحتجاج بشروط الإعفاء إلا على العاقد الذي

---

(١) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، ص١٤٨، فقرة (١٣٧).

(٢) يحيى، ياسين محمد، اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص١٦٢.

قبلها عدة استثناءات:

١ – حالة الاشتراط لمصلحة الغير:

استثناءً من عدم سريان اتفاق الإعفاء من المسؤولية العقدية على الغير، فإن هذا الاتفاق يسري في مواجهة المنتفع في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، فالمنتفع من هذا الاشتراط – على الرغم من أنه من الغير – إلا أنه يحتج عليه بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، إذا أدرج هذا الشرط في العقد المبرم بين المشترط والمتعهد، ذلك لأن المنتفع يكسب حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه. والمنتفع يكسب هذا الحق بجميع صفاته وشروطه وعيوبه أيضاً. وعلى ذلك يستطيع المتعهد أن يمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المدرج في العقد المبرم بينه وبين المشترط(١).

وتطبيقاً لذلك فإن شرط الإعفاء من المسؤولية المدرج في عقد النقل المبرم بين المصدر والناقل يحتج به على المصدر إليه، طبقاً للرأي القائل باعتبار هذا الأخير منتفعاً من اشتراط لمصلحته في العقد المبرم بين المصدر والناقل، مع أنه من الغير بالنسبة لهذا العقد(٢).

٢ – حالة الخطأ المشترك:

يشترط في بعض الأحيان وجود شخص آخر أو أكثر من الغير ساهم في ارتكاب الخطأ التعاقدي مع المدين، ويثور التساؤل في هذه الحالة عن أثر هذا التعدد في ارتكاب الخطأ على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الواردة في العقد؟

ينتج عن هذه الحالة تعدد المدينين، ويستطيع الدائن المضرور من عدم تنفيذ الالتزام أن يطالب أي واحد منهم بكامل التعويض عن الضرر، ويكون لمن يدفع التعويض دعوى رجوع على باقي المدينين المشتركين معه في ارتكاب الخطأ. ويذهب القضاء الفرنسي إلى أن الرجوع على باقي المدينين يكون بنسبة جسامة الخطأ التي

---

(١) يحيى، ياسين محمد، اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص١٦٧.

(٢) المرجع السابق، ص١٦٧، انظر أيضاً المحاقري، اسماعيل محمد علي، المرجع السابق، ص٤٦١.

ارتكبه كل منهم[١].

ويثار التساؤل هنا: هل يستطيع المدين أن يستفيد من اتفاق الإعفاء في العقد في هذه الحالة؟

انقسم الفقه إلى عدة اتجاهات، الأول، يرى أنه لا يجوز للمدين أن يدفع مطالبة الغير له باتفاق الإعفاء من المسؤولية العقدية، وذلك استناداً إلى تحديد مسؤولية المدين في هذه الحالة نتيجة تتابع الدعاوى وتشابكها[٢].

والاتجاه الثاني يرى أن من حق المدين أن يتمسك باتفاق الإعفاء من المسؤولية العقدية في هذه الحالة، وأن فكرة تتابع الدعاوى لا تسلبه هذا الحق، وذلك استناداً إلى أن الغير عندما قام بدفع التعويض، إنما فعل ذلك بناءً على الخطأ الذي ارتكبه والذي نتج عنه حدوث الضرر، هذا بالإضافة إلى أن الغير لم يكن له حق الرجوع إذا كان شريكه في ارتكاب الخطأ شخصاً مجهولاً، أو معسراً[٣].

أما الفقه الراجح[٤] فيذهب إلى أن المدين المتعاقد يلتزم بأن يدفع للغير حصته من التعويض، ولا يستطيع أن يحتج في مواجهته باتفاق الإعفاء من المسؤولية. ويستند هذا الرأي إلى أنه يجوز للمدين في هذه الحالة أن يرجع بحصته من التعويض التي دفعها للغير على الدائن المضرور، وذلك تأسيساً على فكرة الإثراء بلا سبب، وهذا يجعل لاتفاق الإعفاء من المسؤولية أثراً إيجابياً، أن من غير المقبول حرمان المدين من الاستفادة من اتفاق الإعفاء من المسؤولية العقدية لمجرد اشتراك الغير في ارتكاب الخطأ معه، ذلك لأن هذا الاشتراك إذا لم يكن من شأنه أن يخفف العبء عنه، فيجب من باب أولى ألا يزيد من هذا العبء. ومن جهة أخرى فإن الدائن المضرور الذي يطالب شريك مدينه بالتعويض الكامل عن الضرر، على الرغم من موافقته على شرط الإعفاء من المسؤولية – في العقد المبرم بينه وبين مدينه – يجب أن يتحمل حصة مدينه من هذا التعويض، واستناداً إلى فكرة الإثراء بلا سبب.

---

(١) يحيى، ياسين محمد، اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص١٦٨.

(٢) ديران، ١٩٣١م، اتفاقات الاعفاء من المسؤولية، رسالة من جامعة باريس فقرة ١٨١، انظر د. يحيى، ياسين محمد، المرجع السابق، ص١٦٩.

(٣) مازو، المسؤولية المدنية، ج٣، ٢/٢٢٥٦، انظر يحيى، ياسين محمد، المرجع السابق، ص١٧٠.

(٤) يحيى، ياسين محمد، المرجع السابق، ص١٧٠، المحاقري، اسماعيل علي، المرجع السابق، ص٤٦٣.

ونرى أن هذا الرأي أقرب إلى الصواب وتحقق العدالة، فليس للدائن أن يستفيد من كامل التعويض من أحد المدينين، ورجوع هذا المدين على المدين الذي له اتفاق إعفاء مع الدائن، بحصته في التعويض، دون أن يتحمل هذا الدائن بما اتفق عليه مع هذا المدين من اتفاق إعفاء من المسؤولية.

فإذا كان القانون يقر حق المدين الذي دفع التعويض الرجوع على باقي المدينين بما دفعه، فكذلك للمدين الذي يملك اتفاق الإعفاء من المسؤولية، الحق في الاستفادة من هذا الإعفاء وذلك بالرجوع على الدائن بقيمة ما دفعه من حصته في التعويض.

المطلب الثالث

أثر بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية على العقد

القاعدة العامة، أنه لا يترتب على بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية، بطلان العقود التي تتضمن هذه الشروط[١] ومن النصوص القانونية التي تدل على هذه القاعدة، والتي تقرر بطلان شروط الإعفاء دون أن ترتب على ذلك بطلان العقود التي تشملها، أمثلة منها الآتي:

- تنص المادة (٤٥٣) من القانون المدني المصري بشأن ضمان العيوب الخفية في عقد البيع على أنه: ((يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا الضمان، أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان، أو ينقصه، يقع باطلاً، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه)).

وتطابق هذه المادة، المادة (٤٩٥) من القانون المدني الكويتي، والتي تنص على أنه: ((يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو أن يسقط هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه)).

---

(١) الصده، عبدالمنعم فرج، ١٩٨٤م، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢٥٦، فقرة ٢١٧، د. يونس، علي حسن، ١٩٦٥م، عقد النقل، دار الفكر العربي، القاهرة، ص٢٢٢، السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط، المرجع السابق، ص٦٧٨، فقرة٤٤١.

وتنص الفقرة (٤) من المادة (٥١٤) من القانون المدني الأردني على أنه: ((لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية: اذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب)).

وتنص المادة (٥٧٨) من القانون المدني المصري بشأن ضمان التعرض والعيوب في عقد الإيجار على أنه: ((يقع باطلاً كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب، إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان)).

وتطابق هذه المادة، المادة (٥٨٤) من القانون المدني الكويتي والتي تنص على أنه: ((يقع باطلاً كل شرط بالإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب، إذا كان المؤجر قد تعمد إخفاء سبب الضمان)). وتنص المادة (٦٨٩) من القانون المدني الأردني على أن ((كل اتفاق يقضي بالإعفاء من ضمان التعرض أو العيب يقع باطلاً إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان)).

وتنص المادة (٦٩٧) من القانون المدني الكويتي على أن: ((كل شرط بإعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو الحد منه يكون باطلاً)). ويتفق نص هذه المادة مع نص المادة (٧٩٠) من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه: ((يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه)).

تنص المادة (٧٣٥) من القانون المدني الكويتي على أنه: ((يقع باطلاً كل شرط بإعفاء صاحب الفندق من المسؤولية أو بالتخفيف منها))).

يتضح من النصوص القانونية السابقة، أنها تقرر بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالات معينة، دون أن يكون لذلك أثر على العقد ومضمونه. وتؤكد هذه القاعدة المادة (٢٣) من اتفاقية فارسو في حين تقرر أن بطلان الاتفاق لا يستوجب بطلان العقد. كما أن المادة (٣/٨) من معاهدة بروكسل للنقل البحري الصادرة في عام ١٩٢٩، نصت على بطلان شروط الإعفاء بطلاناً مطلقاً ولا يترتب عليه أثر ما. ومعنى ذلك

أن العقد يظل صحيحاً ولا يلحقه البطلان على الرغم من بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية[1].

ويستثنى من القاعدة السابقة، أن شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية إذا كانت باطلة لا تبطل العقد، ثبوت أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كان هو الدافع إلى التعاقد، فيبطل العقد كله، ولا يتحقق هذا إلا نادراً. وذلك من خلال صورتين، الصورة الأولى، أن يشترط المدين في المسؤولية العقدية ألا يتجاوز مسؤوليته، إذا تحقق مبلغ من المال أقل من الضرر الذي وقع، ولكن يشترط أن يكون المبلغ المتفق عليه جدياً ، لا رمزياً يقصد به الإعفاء الكامل من المسؤولية. أما إذا قصد أن يكون المبلغ معادلاً للضرر، فهذا هو الشرط الجزائي. والصورة الثانية، أن يشترط المدين في المسؤولية العقدية مدة لتقادم التزامه العقدي تكون أقصر من المدة المقررة قانوناً[2].

---

(١) المحاقري، اسماعيل محمد علي، المرجع السابق، ص٤٦٩.

(٢) السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط، المرجع السابق، ص٦٧٩ فقرة (٤٤١).

الفصل الرابع

الإعفاء من التعويض في المسؤولية التقصيرية

نشأت فكرة ازدواج المسؤولية؛ أي وجود المسؤوليتين، العقدية والتقصيرية في الفقه الفرنسي الحديث، خلال القرن التاسع عشر، وتتأسس على وجود نوعين من الخطأ يختلفان في الطبيعة، الخطأ التقصيري وجزاؤه المسؤولية التقصيرية، والخطأ العقدي وجزاؤه المسؤولية العقدية. إن العلاقات القانونية بين الأفراد في الجماعة تخضع في تنظيمها للقانون أو العقد، تبعاً لما إذا كانت الإرادة الشارعة هي التي تحدد حقوقهم وواجباتهم، أو كانت الإرادة الفردية هي التي تضع القواعد المنظمة لعلاقتهم. ولا يمكن تشبيه الواجب القانوني، وليد إرادة الجماعة، الذي يتعلق بمصالح المجموع، بالالتزام العقدي وليد اتفاق الأفراد، والذي لا يهم سوى مصالحهم الخاصة، وتوجد تبعاً لهذا، صورتان متميزتان للاعتداء على حقوق الآخرين، مخالفة الواجب القانوني، الذي يكون الخطأ التقصيري من ناحية، والإخلال بالتعهد الذي يتضمنه العقد، الذي يكون الخطأ العقدي من ناحية أخرى، فازدواج فكرة الخطأ يقتضي ازدواج الجزاء عليه، ويفرض نظامين متميزين للمسؤولية يعكسان الفروق القائمة بين القانون والعقد[1]؛ أي أن المسؤولية التقصيرية تقوم نتيجة مخالفة واجب قانوني، أي القيام بفعل غير مشروع ترتب عليه ضرر يلزم مرتكبه بالتعويض كجزاء لقيام المسؤولية.

فالمسؤولية التقصيرية تكون إذا كان الالتزام الذي أخل به مصدره العمل غير المشروع أي مخالفة التزام أقره القانون، فالإخلال بالالتزام بعدم مجاوزة السرعة المحددة في قانون السير أو بإضاءة الأنوار ليلاً مسؤولية تقصيرية[2].

وتقوم المسؤولية التقصيرية على أركان ثلاثة، هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية. وفي ذلك تنص المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري على أن: ((كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض))،

---

(١) زكي، محمود جمال الدين، ١٩٧٨م، مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ص٨.

(٢) اللصاصمة، عبدالعزيز، ٢٠٠٢م، نظرية الالتزامات في القانون المدني المقارن – المسؤولية المدنية التقصيرية – الفعل الضار – أساسها وشروطها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص١٥.

وتنص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني على أن: ((كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر))، وتنص المادة (٢٢٧) من القانون المدني الكويتي على أن: ((١- كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه، سواءً أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً. ٢- ويلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز)).

وإذا قامت المسؤولية التقصيرية على أركانها الثلاثة، فهل يمكن الاتفاق على الإعفاء منها مسبقاً؟ ولذلك سوف يتناول الباحث هذا الفصل بعرض لتعريف شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، وهل يجوز هذا الاتفاق في القانون المدني الكويتي؟ وكذلك القانون المدني الأردني كما يتناول هذا الفصل القيود التشريعية والقضائية التي ترد على مبدأ صحة شروط الإعفاء من المسؤولية.

وسيكون تقسيم هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية الإعفاء من المسؤولية التقصيرية وشروطها.

المطلب الأول: تعريف الإعفاء من المسؤولية التقصيرية.

المطلب الثاني: شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية.

المبحث الثاني: القيود التشريعية والقضائية الطارئة على مبدأ صحة شروط الإعفاء من المسؤولية.

المطلب الأول: بطلان شروط الإعفاء في حالات الضرر الجسماني.

المطلب الثاني: تدخل المشرع في بطلان شروط الإعفاء في بعض العقود.

المطلب الثالث: تدخل القضاء في إبطال شروط الاذعان التي تتضمنها العقود.

المبحث الأول

ماهية الإعفاء من المسؤولية التقصيرية وشروطها

لا تقوم المسؤولية التقصيرية إلا بتوافر أركانها الثلاثة الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وتنتفي المسؤولية بانتفاء أحد أركانها.

ويعتبر الخطأ بحسب الأصل هو بادرة النزاع الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بنوعيها التقصيرية والعقدية(١).

ونتساءل هنا إذا قامت المسؤولية التقصيرية، هل يجوز الاتفاق على الإعفاء منها مسبقاً؟ وما شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية؟ نتناول ذلك في المطلبين التاليين.

المطلب الأول

تعريف الإعفاء من المسؤولية التقصيرية

إذا تحققت المسؤولية التقصيرية، تنشأ للمضرور حق مالي بتعويض الضرر الذي لحقه، ويمكن أن يكون هذا الحق محلا للاتفاق بين المضرور والمسؤول، بحيث يتنازل المضرور عن حقه في التعويض كلياً أو جزئياً(٢).

ولكن التساؤل يثور حول جواز الاتفاق مقدماً على الإعفاء من المسؤولية قبل تحققها بالفعل؟

الأصل في المسؤولية التقصيرية أن لا يعفى المخطئ ولا يرفع عنه تبعة خطئه ولا يخففها أن يكون قد اتفق مع المصاب مقدماً وقبل وقوع الخطأ على عدم مسؤوليته عن خطئه، أو على حصر هذه المسؤولية في مبلغ معين من المال؛ لأن القواعد التي ترتب المسؤولية المدنية الناشئة عن الخطأ يفرضها النظام العام، ومن ثم

---

(١) الشامي، محمد حسين علي، ١٩٩٠م، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، رسالة دكتوراه، ص٨٩.

(٢) عبد الرحمن، أحمد شوقي محمد، ٢٠٠٢م، البحوث القانونية في مصادر ا-لالتزام الإرادية وغير الإرادية، دراسة فقهية وقضائية، د. م، د. ن ، ص٢٩١.

فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها[١].

وترفض التشريعات فكرة الاتفاق مقدماً على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، فقد نصت المادة (٢١٧/٣) من القانون المدني المصري على ذلك صراحةً بقولها: ((يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع)).

وتنص المادة (٢٧٠) من القانون المدني الأردني على ما يلي: ((يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار)).

وتنص المادة (٢٥٤) من القانون المدني الكويتي على أنه: ((يقع باطلاً كل اتفاق يبرم قبل قيام المسؤولية عن العمل غير المشروع ويكون من شأنه أن يعفى منها كلياً أو جزئياً)).

وعلى هذا لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية مقدماً، وذلك لتعارضه مع النظام العام وما يفرضه القانون، ومع ذلك يكون اتفاق تعديل المسؤولية التقصيرية صحيحاً إذا تضمن تشديداً للمسؤولية، كأن يتفق على اعتبار خطأ المسؤول مفترضاً، إذ إن مثل هذا الاتفاق لا يتعارض مع النظام العام[٢].

والاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية قد يبرم بعد تحقق المسؤولية، فهذا الاتفاق يكون صحيحاً وينتج أثره سواءً أكان من شأن هذا الاتفاق الإعفاء أو التخفيف أو التشديد، فهكذا يجوز للمضرور أن ينزل عن حقه في التعويض كما يصح أن يقبل تعويضاً أقل[٣]؛ أي ما يشبه الصلح حيث يتفق الطرفان على الأثر المترتب على المسؤولية وهو التعويض.

وتؤكد محكمة النقض المصرية في أحكامها التالية على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من تبعة العمل غير المشروع، ولكن يجوز بعد وقوعه الاتفاق في شأن التعويض عن الضرر الناجم عنه، وفي ذلك قضت بأن: ((إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بحكم أن مسؤولية الشركة المؤجرة مسؤولية تقصيرية، وكانت الفقرة

---

(١) مرعي، مصطفى، ١٩٣٦م، المسؤولية المدنية في القانون المصري، مطبعة نوري، القاهرة، ص٧.

(٢) عبد الرحمن، أحمد شوقي محمد، البحوث القانونية في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٢٩١.

(٣) اللصاصمة، عبدالعزيز، المسؤولية المدنية التقصيرية، المرجع السابق، ص٢١٩.

الأخيرة من المادة (٢١٧) من القانون المدني صريحة في بطلان كل شرط يقضي بالإعفاء من هذه المسؤولية فإن دفاع الشركة المؤسس على إعفائها من هذه المسؤولية يكون مرفوضاً وبالتالي فهو دفاع غير جوهري لا يتغير به وجه الرأي في الدعوى، ومن ثم فإن إغفال الحكم وعد الرد عليه لا يبطله))[١]. وقضت في حكم آخر بأن: ((استناد الخصم إلى الخطأ العقدي لا يمنع المحكمة من أن تبني حكمها على خطأ تقصيري متى استبان لها توافر هذا الخطأ عند تنفيذ العقد، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد استبان من تقرير الخبير أن الطاعنة قد ارتكبت خطأ تقصيرياً بإتلافها غراس المطعون عليهم مما تكون معه تلك الأعمال قد تجاوزت الإخلال بالالتزام التعاقدي، فإن الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى أعمال أحكام المسؤولية التقصيرية، وقضى بإلزامهما متضامنين بالتعويض بغير إعذار سابق ودون اعتداد بما اتفق عليه الطرفان بعقود الإيجار، لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه))[٢]. وقضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر ببطلان الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية فقضت بأنه ((متى كان الحكم قد انتهى إلى صحة الاتفاق على إعفاء الشركة من مسؤوليتها عن جريمة التبديد التي اقترفها تابعها، فإنه يكون قد أخطأ في القانون لحكم المادة (٢١٧/٣) من القانون المدني))[٣].

ويتضح من هذه الأحكام أن دفع المسؤول بالاتفاق مقدماً على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية هو دفع غير جوهري ينص على بطلان هذا الاتفاق قانوناً.

---

(١) محكمة النقض المصرية، السنة ١٨، جلسة ٢٦/١٠/١٩٦٧م، ص١٥٦٠.

(٢) محكمة النقض المصرية، السنة ٢٦، جلسة ٨/٥/١٩٧٥م، ص٩٤٢.

(٣) محكمة النقض المصرية، السنة ٧، جلسة ٢/٤/١٩٥٦م، ص٤٥٩.

المطلب الثاني

شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية

شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية هي التي يقصد بها إعفاء أحد طرفيها من المسؤولية الناشئة عن فعل غير مشروع يقع منه خارج العلاقات العقدية، فيقتصر أثر الاتفاق على تنظيم آثار المسؤولية، التي تترتب خارج نطاقه، وتظل هذه المسؤولية ذات طبيعة تقصيرية، ولا تصبح بإبرامه مسؤولية عقدية(١).

وهناك صور لاتفاقات الإعفاء من المسؤولية التقصيرية قد تحدث في واقع الحياة، لأن الإنسان إذا كان لا يستطيع عادةً، أن يتوقع الأضرار التي تنشأ عن فعله، ولا الأشخاص الذين تلحقهم، فيمكنه مع ذلك، أن يدرك الآثار الضارة التي قد تترتب، في دائرة معينة على نشاطه، ويرفع - باتفاقات يبرمها مع الأشخاص الذين تهددهم، ويحتمل أن يقعوا ضحية لها - مسؤوليته الناشئة عنها، في مقابل عوض يرضون به، ويعطي مضايقات الجوار، نطاقاً خفيفاً لاتفاقات رفع المسؤولية التقصيرية، فقد يرى صاحب المصنع الاتفاق، مع جيرانه، في مقابل عوض، على رفع مسؤوليته عن الأضرار التي تصيبهم من أدخنة مصانعه، أو الضوضاء التي تحدثها الآلات فيه(٢).

وقد تنشأ المسؤولية التقصيرية في دائرة المجاملات الاجتماعية بين الأصدقاء، ويتصور أن يكون الإعفاء منها موضوع اتفاق بينهم.

فقد يصطحب شخص صديقاً له في سيارته في نزهة أو إلى مكان معلوم، فإذا أصيب الصديق بحادث من جراء ركوب السيارة، فهل يكون صاحب السيارة مسؤولاً؟ النقل في هذه الحالة ليس بعقد، لأن الطرفين لم يقصدا أن يرتبطا ارتباطاً قانونياً، فنستبعد إذن المسؤولية العقدية، ولا يتبقى إلا المسؤولية التقصيرية. وفي هذه الحالة على فرض أن الصديق المضرور قد رضي بإخلاء مسؤولية صاحب السيارة، فذلك اتفاق على الإعفاء

---

(١) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص١٥٠.

(٢) المرجع السابق، ص١٥١.

من المسؤولية وهو جائز[1]؛ لأنه لاحق لتحقق المسؤولية وليس سابقاً عليها فيبطله القانون.

وتعطي تمهيدات التعاقد، وإبرام العقود، نطاقاً أوسع لاتفاقات رفع المسؤولية التقصيرية، فقد يشترط الداعي إلى التعاقد أو الموجب أو العاقد، رفع مسؤوليته إذا لم يتم العقد أو إذا قضي ببطلانه، فيكون هذا الاشتراط اتفاقاً على رفع المسؤولية التقصيرية؛ لأن المسؤولية التي تترتب على عدم إبرام العقد، أو القضاء ببطلانه، تكون حتماً مسؤولية تقصيرية؛ بل كثيراً ما تقوم اتفاقات رفع المسؤولية التقصيرية بين عاقدين؟ وتكون بنوداً في العقود ذاتها مادامت الوقائع موضوعها خارجة عن نطاق العلاقات الناشئة عنها. فالبند الذي يرفع المؤجر بمقتضاه في عقد الإيجار، مسؤوليته عن إخطار البواب، خارج العمل المنوط به، يعتبر اتفاق إعفاء من المسؤولية التقصيرية؛ بل أن المسؤولية التقصيرية قد تقوم بين العاقدين، على الخصوص نتيجة الإنهاء غير السليم للعلاقات العقدية، فالرأي الغالب أن التعسف في استعمال الحقوق الناشئة عن العقد، أن حق إنهائه، لا يرتب سوى مسؤولية تقصيرية، ويمكن من ثم، أن يكون الإعفاء أو التخفيف منها، موضوع بند في العقد[2].

ويشير البعض إلى أن الفقه التقليدي في فرنسا، يرى بطلان اتفاقات رفع المسؤولية التقصيرية، أياً كانت جسامة الخطأ الذي يقيمها، وأياً كان مبناها، خطأً ثابتاً، أو خطأً مفترضاً عن فعل الغير، أو الحيوان أو الأشياء غير الحية. ويتأسس هذا الفقه على فكرة النظام العام، قواعد المسؤولية المقررة في المواد (١٣٨٢) وما بعدها من التقنين المدني، تتعلق بالنظام العام، ويكون تبعاً لهذا، كل اتفاق يقصد به مخالفتها غير مشروع، فتلك المسؤولية جزاء قواعد السلوك الاجتماعي، ولا يتصور أن يتوقف تطبيقها على إرادة الأشخاص الذين تنظم سلوكهم في المجتمع. ويعتبر هذا المذهب في القضاء الفرنسي عقيدة راسخة، ظهرت على وجه الخصوص، بمناسبة النقل المجاني، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية ((أن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للناقل مجاناً، الذي يقاضى مدنياً وفقاً لنصوص المادة (١٣٨٢) من المجموعة المدنية، أن يحتج للتخلص من نتائج خطئه الثابت، بتنازل المصاب صراحةً أو ضمناً، عن حقه في التعويض. وعلى

---

(١) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط، المرجع السابق، ص٨١٦، فقرة (٥٤٦).

(٢) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص١٥٢.

العموم، ((ليس للمصاب في حادثة أن يتنازل مقدماً عن حقه في المطالبة بتعويض الضرر الذي نشأ عن خطأ تقصيري))[١].

ويرى الفقه في ذلك، أن بطلان الاتفاق على رفع أو تخفيف المسؤولية التقصيرية، وما جاءت به المادة (٢١٧/٣) مدني مصري، والمادة (٢٥٤) مدني كويتية والمادة (٢٧٠) مدني أردني في هذا الشأن يتأسس على فكرة هامة هي:

لا يجوز أن يكون تطبيق القواعد الأساسية للنظام القانوني في الجماعة معلقاً على مشيئة الأفراد، وقواعد المسؤولية التقصيرية تقيم توازناً بين حرية الأفراد في نشاطهم والأمن الواجب توفره لغيرهم، هذا التوازن أساسي للحياة الاجتماعية، ولا يمكن السماح للأفراد بزعزعته عن طريق استبعاد أو تعديل قواعده بالاتفاق بينهم[٢].

---

(١) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص١٦٢.

(٢) زكي، محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص١٦٩.

المبحث الثاني

القيود التشريعية والقضائية الطارئة

على مبدأ صحة شروط الإعفاء من المسؤولية

إذا قامت شروط الإعفاء من المسؤولية صحيحة وفقا للقانون، سواءً أكانت مسؤولية عقدية، وهو ما يجوز الاتفاق على الإعفاء منها باستثناء الخطأ الجسيم أو الغش، أو مسؤولية تقصيرية، وذلك بالاتفاق على الإعفاء منها بعد حدوثها وليس مقدماً، فإن ذلك لا يعني أنها مطلقة القيود، فهناك حالات تبطل فيها شروط الإعفاء في حالات الضرر الجسماني، وقد يتدخل المشرع لإبطال هذه الشروط، كما يتدخل القضاء في إبطال شروط الإعفاء المتضمنة في عقود الإذعان.

ونتناول ذلك من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: بطلان شروط الإعفاء في حالات الضرر الجسماني.

المطلب الثاني: تدخل المشرع في بطلان شروط الإعفاء من بعض العقود.

المطلب الثالث: تدخل القضاء في إبطال شروط الاذعان التي تتضمنها العقود.

المطلب الأول

بطلان شروط الإعفاء في حالات الضرر الجسماني

ليس من العدالة أن نمنح المسؤول عن الضرر الذي يصيب جسم إنسان ما إعفاء عن هذه المسؤولية مقدماً؛ لأن هذا يساعد على تفشي الإهمال والاعتداء على النفس في المجتمع دون جزاء رادع.

فالتعويض عن الأضرار يهدف إلى أمرين مهمين، هما الردع والإصلاح، فإذا أمن المسؤول عن الضرر هذين الأمرين، كان له أن يفعل ما يشاء، وذلك يهدد الأمن الاجتماعي للمجتمع.

ويشير البعض[1] إلى أن كثيراً من الفقهاء يقصر اتفاقات الإعفاء، على الأضرار التي تلحق بالأموال، ويرى بطلان الاتفاقات على رفع المسؤولية العقدية، حتى عن الخطأ البسيط، في نطاق الأضرار التي تلحق الأشخاص، سواءً أكانت تمس سلامتهم المادية، كالإصابات البدنية، أو سلامتهم المعنوية، كالمساس بالشرف والاعتبار، فهي لا تدخل في دائرة التعامل؛ لأن ((سلامة الأشخاص تتعلق بالنظام العام)) وليس لأي شخص أن يتصرف في نفسه و حياته و جسمه و شرفه و شعوره أو عواطفه، ويقع باطلاً كل تصرف يجيز الاعتداء على سلامته ولو كان طرفاً فيه.

إن اتفاق رفع المسؤولية، ليس تصرفاً في شخص المدين، ولا يعطي هذا الأخير بمقتضاه، للعاقد الآخر حق الاعتداء على سلامته المادية أو المعنوية، ولكنه يرضى فقط بعدم المطالبة بالتعويض إذا أصابه ضرر مادي أو معنوي، دون قصد في إحداثه. ولكنه مع ذلك، يشجع على التراخي في تنفيذ الالتزامات وعدم الحرص على احترام حقوق الغير، حين تقتضي المصلحة العامة بذل أقصى قدر من اليقظة والانتباه إزاء الإنسان وجميع الحقوق اللصيقة به، ولا يجوز من ثم، أن يظل بغير جزاء أي مساس بشخصه، أو أدنى اعتداء على حق منها، مهما كان الخطأ الذي أدى إليه يسيراً. فيقع باطلاً كل اتفاق يعفي، أو يخفف، من المسؤولية عن المساس بسلامته المادية أو المعنوية، إذ تحول اعتبارات النظام العام دون السماح لشخص بتهديد حياة أو صحة شخص آخر، أو إيذائه معنوياً مهما كانت ضآلة خطئه، بغير أن يتحمل النتائج الكاملة لفعله فالإنسان مع كل الحقوق اللصيقة بشخصه، وضع، في كل زمان، خارج نطاق الأموال، وفوقها في مكان أسمى، بعيداً عن التعامل[2].

وفي الشريعة الإسلامية يجوز الاتفاق على العفو بعد تحقق المسؤولية التقصيرية، والعفو يعتبر سبباً من أسباب سقوط العوض ويأتي ذلك في القصاص والجنايات، فإذا أثبت الدية على الجاني، كان العفو مسقطاً لها، فقد اتفق الفقهاء على أن دية النفس تسقط بعفو جميع الورثة المستحقين لها، وإذا أعفي بعضهم دون البعض يسقط حق من عفا، وتبقى حصة الآخرين في مال الجاني إن كانت الجناية عمداً، وعلى العاقلة إن كانت خطأ.

---

(١) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص٥٨.

(٢) زكي، محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص٥٩.

وإذا عفا المجني عليه عن دية الجناية على ما دون النفس بين القطع وإتلاف المعاني تسقط ديتها، لأنها من حقوق العباد التي تسقط بعفو من له حق العفو(١).

وإذا كان من حق المتضرر التصرف في التعويض بعد ثبوت حقه فيه، إلا أنه لا يجوز الاتفاق الذي يخفف الضمان أو يعفي منه بالمرة، فهو يعتبر غير مشروع أياً كان نوع الضمان الذي يتفق على تخفيفه أو الإعفاء منه. وتعليل ذلك أن أحكام الضمان أو المسؤولية (التقصيرية) تعد من النظام العام(٢).

إن شروط الإعفاء في حالات الضرر الجسماني وإن كان لا يترتب عليها مباشرة اعتداء على سلامة الإنسان، إلا أنها تعني على أية حال أنه لن يعوض تعويضاً كاملاً عما يصيبه من ضرر، وذلك يتنافى مع الالتزام بضمان السلامة الذي جهد القضاء في إقراره حماية للأشخاص، والذي يقتضي أن المدين ملتزم بضمان سلامة المدين والتزامه بتحقيق نتيجة إذا لم تتحقق كان مخلاً بالتزامه، وللدائن مطالبته بالتعويض ولا يستطيع المدين التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي(٣).

وذهب أحد الفقهاء إلى القول بصحة شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية حتى في حالة الأضرار الجسدية مستنداً إلى مبادئ حرية التعاقد وسلطان الإرادة وإلى أن العقد شريعة المتعاقدين(٤).

ويؤكد البعض(٥) هذا الاتجاه، حين ذهب إلى القول أن شروط الإعفاء المتعلقة بجسم الإنسان لا تخالف النظام العام، لأن هذا الإعفاء لا يسمح بالمساس بحياة الغير أو بصحته، وإنما يقتصر أثر هذا الإعفاء على إلغاء الحق في التعويض الناشئ عن هذا الضرر فمحمل اتفاق الإعفاء من المسؤولية في هذه الحالة ليس هو

---

(١) الموسوعة الفقهية، الجزء الحادي والثلاثون، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ص٧٣.

(٢) الجمال، مصطفى محمد، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، د.ت، ص٦٤٢.

(٣) عمران، محمد علي، ١٩٨٠م، الالتزام بضمان السلامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢١٦، انظر أيضاً د. صفوت ناجي عبدالقادر بهنساوي، النظام القانوني لمسؤولية الناقل الجوي عن سلامة المسافرين، جامعة القاهرة، القاهرة، د.ت، رسالة دكتوراه، ص٢٩٨، فقرة (١٨٢).

(٤) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط، المرجع السابق، ص٦٧٧، هامش (١)، فقرة (ج).

(٥) ديران، ١٩٣١م، اتفاقات الإعفاء من المسؤولية، رسالة، باريس، فقرة ١٧٧، أشار إليه د. اسماعيل محمد علي المحاقري، المرجع السابق، ص٤٠٢.

جسم الإنسان أو الحقوق اللصيقة بالشخص، وإنما هو الحق في التعويض الناشئ عن المساس بهذه الحقوق.

ويعترض أصحاب هذا الاتجاه على الحجج التي ساقها أنصار عدم صحة شروط الإعفاء المتعلقة بجسم الإنسان، أنه بالنسبة لما قيل من أن جسم الإنسان لا يكون قابلاً للتعامل مما يستدعي بطلان الاتفاقات التي ترد عليه، يرون أن ما يجب إبطاله هنا هو نفس العقد، لأن محله الجسم الإنساني.

ومن ناحية أخرى فإن نفس المنطق يجب أن يؤدي إلى إبطال العقود كافة، التي تتعلق بجسم الإنسان كعقد التأمين على الحياة مثلاً[١].

ومع التسليم بما يذهب إليه هذا الرأي من أن اتفاقات الإعفاء من المسؤولية عن الضرر الجسماني تؤدي إلى إلغاء الحق في التعويض الناشئ عن هذه المسؤولية، إلا أن مجرد وجود هذه الاتفاقات من شأنها أن تقلل من درجة العناية المطلوب بذلها من المتعاقد المستفيد من هذه الاتفاقات، الأمر الذي يؤدي إلى إحداث ضرر جسماني للأشخاص، وزيادة الأخطار الناتجة عن الحوادث[٢].

وبالنسبة للرأي القائل بتعارض شروط الإعفاء من المسؤولية مع الالتزام بضمان السلامة، فقد قيل رداً على ذلك، إن في ذلك الإدعاء خلطاً بين الشروط التي تحدد الالتزام الذي يقع على المدين وشروط عدم المسؤولية بمعنى الكلمة، فالمدين لا يمكنه رفض تحمل التزام ضمان سلامة الشخص المتعامل معه، لأن هذا هو جوهر العقود المتعلقة بجسم الإنسان، لكن له بالاتفاق مع الدائن تحديد مدى مسؤوليته عن الأضرار الجسمانية التي لحقت بالدائن[٣].

ولا شك أن بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية عن الضرر الجسماني يحمي سلامة جسم الإنسان من الاعتداء عليه، كما أنه يجعل المسؤول حريصاً على القيام بواجبه المهني، كما يجب دون تقصير منه بداعي

---

(١) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، د.ت، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢٨٨، فقرة (٢٠٣).

(٢) يحيى، ياسين محمد، المرجع السابق، ص٥٢، زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، ص٥٨.

(٣) المحاقري، اسماعيل محمد علي، المرجع السابق، ص٤٠٣.

الاتفاق على الإعفاء من المسئولية، فمثلاً: مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسؤولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق - في غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب على كل تقصير في مسلكه الطبي، لا يقع عن طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجة التي أحاطت بالطبيب المسؤول، وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء، لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر في أحوال الجراحة الأخرى اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشوه لا يعرض حياته لأي خطر(١).

فإذا كانت العناية هنا مطلوبة من الطبيب وهو يعالج المريض الذي أمامه فكيف يسمح له القانون بالتخلص من هذه العناية ويرفع مسؤوليته في حالة ارتكابه خطأ كان يجب ألا يرتكبه في ظل نفس الظروف لو قام طبيب غيره بهذه العملية، كيف يسمح القانون للطبيب بالإهمال في عمله والإضرار بالمريض تحت بند أو دعوى شروط الإعفاء من المسؤولية؟ إن هذا يعد خارجاً عن المنطق والعدالة، ولا يمكن تصور إنسان مريض يسمح لطبيبه أن يفعل به ما يشاء دون التعرض للمسؤولية عند قيامه بخطأ ما يلحق الأضرار بجسمه.

وأخذ القضاء الفرنسي في بعض أحكامه بالرأي القائل ببطلان الاتفاق على رفع المسؤولية في نطاق الأضرار التي تلحق الأشخاص ولو كانت عن خطأ بسيط، فقضت المحاكم الفرنسية ببطلان الاتفاق على رفع كل مسؤولية عن الطبيب أو الجراح الذي يرتضيه المريض، ولو كان العلاج أو الجراحة قد أجرى بناءً على طلب صريح منه(٢).

ومع ذلك وجد تطبيق خاص في النقل البحري عرف بشرط الإهمال وهو الشرط الذي لا يسأل بمقتضاه

---

(١) ((طعن ١١١ بتاريخ ٢٦/٦/١٩٦٩م، لسنة ٣٥ق، م نقض م- ٢٠- ١٠٧٥)) انظر الطباخ، شريف، المرجع السابق، ص٣٠.

(٢) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص٦٠.

الناقل البحري عن أخطاء طاقم السفينة، وقد أقر الفقه والقضاء هذا الشرط لاعتبارات خاصة بالنقل البحري الذي يستغرق وقتاً طويلاً تكون خلاله السفينة وكذلك طاقمها بعيداً عن سيطرة ورقابة وإشراف الناقل، بالإضافة إلى أن الربان يسأل مسؤولية شخصية أمام الراكب. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى تضمنت الاتفاقات الدولية والتشريعات الداخلية تقديراً جزائياً للتعويض عن الأضرار الجسمانية التي تلحق المسافرين في عقد نقل الأشخاص بحراً وجواً بقواعد آمرة(١).

ويرى بعض الفقه(٢) أنه لا يجوز أن يستخلص من هذا التقدير الجزائي الذي وضعته الإرادة الشارعة برهان على عدم تعلق هذا التعويض بالنظام العام، ليس فقط لانقطاع صلته باتفاقات دفع المسؤولية؛ بل كذلك لانعدام دلالته بالنسبة لاتفاقات تخفيف المسؤولية، لأن ما يخالف النظام العام هو ترك تقدير التعويض عن الإصابات الجسمانية للإرادة المنفردة التي لا تعد في الحقيقة أن تكون إرادة العاقد الأقوى أو الأكثر مهارة. ولكن لا يمس النظام العام أن تتولى السلطة التشريعية غير معرضة لضغط أفراد أو جماعات تحديد التعويض المعقول عن الإصابات الذي يكفي في كل الأحوال لسد الحاجات المادي والمعنوية للضحايا.

كما أن تحديد التعويض في تلك القوانين والاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بالأضرار التي تصيب جسم الإنسان أمر مفتقد لتعارضه مع التقدم الاجتماعي الذي يدعو إلى توفير الحماية لشخص الإنسان، فتوفير السلامة المادية للإنسان إحدى أمانيه الرئيسية في الحالة الحاضرة للمدنية، كما أن الاتجاه العام للقانون المعاصر يتجه نحو إبطال هذه الشروط حماية منه للمضرور، فالمادة (١٢) من توصية الجماعة الأوربية في ٢٥ يوليو ١٩٨٥ الخاصة بالمسؤولية عن الأضرار الناجمة عن المنتجات المعيبة تبطل جميع الشروط المقيدة لمسؤولية المنتج أو الإعفاء منها.

المطلب الثاني

---

(١) انظر نص المادة ١٦ من اتفاقية بروكسل ١٩٦١ للنقل البحري (المادة ٢٣ من اتفاقية فارسوفي للنقل الجوي- انظر المحاقري، محمد اسماعيل علي، المرجع السابق، ص٤٠٤.

(٢) زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، المرجع السابق، ص٦١، ٦٢.

تدخل المشرع في بطلان شروط الإعفاء من بعض القيود

من الجدير بالذكر أن المشرع أجاز للمتعاقدين حرية الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء اليسيرة، وأبطل صحة هذه الاتفاقات في حالة الخطأ الجسيم والغش، كما تدخل في إبطال اتفاقات الإعفاء في بعض العقود، حماية للمدين، وعدم مخالفة النظام العام.

ومن أمثلة هذه التدخلات:

- يقرر المشرع الكويتي في القانون التجاري، أن يضمن الناقل سلامة الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل، وذلك عندما ينص في المادة (١٨٩) فقرة (١) منه على أن:

١ - يضمن الناقل سلامة الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل، ويكون مسؤولاً عما يلحق الراكب من أضرار بدنية أو مادية، وعن التأخير في الوصول ولا يجوز له أن ينفي مسؤوليته إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الراكب.

ويتدخل المشرع هنا بعدم الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية، عما يصيب الراكب من أضرار بدنية، ويجيز للناقل الاتفاق على الإعفاء كلياً أو جزئياً عن الأضرار غير البدنية، أو أضرار التأخير التي تلحق الراكب.

وتنص المادة (١٩١) من القانون التجاري الكويتي في هذا الشأن على أنه:

((يقع باطلاً كل شرط يقضي بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من المسؤولية عما يصيب الراكب من أضرار بدنية.

٢- ويعتبر في حكم الإعفاء من المسؤولية كل شرط يكون من شأنه إلزام الراكب على أي وجه بدفع كل أو بعض نفقات التأمين ضد مسؤولية الناقل.

٣- وفيما عدا حالتي الخطأ العمدي والخطأ الجسيم من الناقل أو من تابعيه، يجوز للناقل أن يشترط إعفاءه كلياً أو جزئياً من المسؤولية عن الأضرار غير البدنية أو أضرار التأخير التي تلحق الراكب.

٤- ويجب أن يكون شرط الإعفاء من المسؤولية مكتوباً، وأن يكون الناقل قد أعلم به الراكب)).

هذا بالنسبة لمسؤولية ناقل الأشخاص بالنقل البري، وفي النقل الجوي تدخل المشرع الكويتي في هذا العقد في المادة (٢١٧) من القانون التجاري الكويتي التي نصت على أنه:

((١- يقع باطلاً كل شرط يقضي بإعفاء الناقل الجوي من المسؤولية أو بتحديدها بأقل من الحدود المنصوص عليها في المادة (٢١٤)(١):

٢- ومع ذلك لا يشمل هذا البطلان الشرط الذي يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية، أو بتحديدها في حالة هلاك الشيء محل النقل أو تلفه بسبب طبيعة أو عيب ذاتي فيه)).

وفي عقد البيع تنص المادة (٤٨٧) من القانون المدني الكويتي على أن:

((١- يجوز للمتعاقدين الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو إنقاصه أو إسقاطه.

٢- ومع ذلك يقع باطلاً كل شرط بإنقاص الضمان أو إسقاطه، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئاً عن فعله)).

ونصت المادة (٤٩٥) من القانون المدني الكويتي بشأن ضمان العيب على أنه: ((يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط

---

(١) تنص المادة (٢١٤) من القانون التجاري الكويتي على أنه:

((١- لا يجوز في حالة نقل الأشخاص أن يجاوز التعويض الذي يحكم به على الناقل الجوي ستة آلاف دينار بالنسبة إلى كل راكب إلا إذا اتفق صراحة على تجاوز هذا المقدار.

٢- في حالة نقل الأمتعة أو البضائع لا يتجاوز التعويض ستة دنانير على كل كيلو جرام. ومع ذلك إذا قدم المرسل عند التسليم الأمتعة أو البضائع إلى الناقل إقراراً خاصاً بما يعلقه من أهمية على تسليمها في مكان الوصول ودفع ما قد يطلبه الناقل من أجرة إضافية نظير ذلك، التزم الناقل بأداء التعويض بمقدار القيمة المبينة في الإقرار إلا إذا أثبت الناقل أن هذه القيمة تجاوز مدى الأهمية الحقيقية التي علقها المرسل على التسليم.

٣- وفي حالة ضياع أو هلاك أو تلف جزء من طرد أو بعض محتوياته يحسب الحد الأقصى للتعويض على أساس الوزن الإجمالي للطرد كله، ما لم يؤثر ذلك في قيمة طرود أخرى تشمل نفس الرسالة فيراعى أيضاً وزن هذه الطرود.

٤- وبالنسبة إلى الأشياء الصغيرة الشخصية التي تبقى في حراسة الراكب أثناء السفر لا يجوز أن يزيد التعويض الذي يحكم به لكل راكب عن تلك الأشياء على مائة وعشرين ديناراً)).

الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المجتمع غشاً منه)).

وفي عقد الإيجار تنص المادة (٥٨٤) من القانون المدني الكويتي على أنه: ((يقع باطلاً كل شرط بالإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب، إذا كان المؤجر قد تعمد إخفاء سبب الضمان)).

وفي عقد المقاولة لا يجوز للمهندس والمقاول أن يتهربا من المسؤولية في ضمانهم للمباني الذين يشيدونها، وذلك عن طريق اتفاق الإعفاء، فقد نصت المادة (٦٩٧) من القانون المدني الكويتي على أنه: ((كل شرط بإعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو بالحد منه يكون باطلاً)).

وفي عقد الفندقة، تنص المادة (٧٣٥) من القانون المدني الكويتي على أنه: ((يقع باطلاً كل شرط بإعفاء صاحب الفندق من المسؤولية أو التخفيف منه)).

كما تصدت الدول من خلال الاتفاقيات الدولية لبطلان شروط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل الدولي بحراً وذلك طبقاً لنص المادة (١٩) من اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦١، والمادة (١٢) من اتفاقية فارسوفي، مقابل تخفيف مسؤولية الناقل بوضع حدود قصوى لمبلغ التعويض الذي يلتزم بدفعه.

تدخل المشرع إذن بإبطال شروط الإعفاء في حالات معينة، يرجع لحالات محددة ولأغراض معينة، قد تتعلق بالنظام العام، أو تهدف إلى حماية المدين في حالات يشعر فيها المشرع بوجوب التدخل بهذا الخطر. لذلك يظل مبدأ سلطان الإرادة هو الأصل الذي يحكم الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية مهما كثرت الاستثناءات المتعلقة به كما أن تلك الاستثناءات لا يمكن القياس عليها ولا التوسع في تفسيرها(١).

المطلب الثالث

تدخل القضاء في إبطال شروط الاذعان التي تتضمنها العقود

يتم التعاقد في عقود الإذعان بناءً على إيجاب يصدر من مقدم السلعة أو الخدمة، ثم قبول من طرف

---

(١) المحاقزي، اسماعيل محمد علي، الإعفاء من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٤٠٦.

المحتاج إليها. فالإيجاب هو عرض السلعة أو الخدمة من صاحبها على من يشاء من الجمهور، وهو إيجاب مستمر، يتم وفق شروط موضوعة سلفاً ومنشورة على الناس، بحيث يستطيعون العلم بها. ويترتب على كون الإيجاب مستمراً، أنه إذا قبله أي شخص، قام العقد نهائياً، وما استطاع مقدم السلعة أو الخدمة التحلل من إبرامه، حتى إذا ما قعد عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه، انشغلت مسؤوليته التعاقدية. ولكن يلاحظ أنه في بعض الأحيان يقترن الإيجاب هنا بشروط أو تحفظات تمليها صبغة التعاقد ذاتها، بحيث إن تحققت، اعتبر الإيجاب غير قائم أصلاً. ومثال ذلك الإيجاب بالتأمين على الحياة الموجه للجمهور من شركات التأمين، فهذا الإيجاب معلق بالضرورة على شرط أن يكون المؤمن على حياته خالياً من الأمراض التي تتهدد الحياة. ويتم القبول في عقود الإذعان إذا جاء الشخص وارتضى الإيجاب الموجه له ولغيره من أفراد الناس، فينعقد العقد بمجرد أن يتصل رضاؤه هذا بعلم الموجب.

ولا شك أن القبول هنا يمثل إذعاناً للطرف الآخر من الذي قبل هذا التعاقد على الشروط التي وضعها الطرف الأقوى، فهذا لا يمنع قيام العقد وقد اعترف القانون بهذا النوع من التعاقد إلا أنه أسبغ عليه حماية خاصة.

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي في هذا الصدد ما يلي: ((.... والمشروع بذلك يغلب الرأي السائد، الذي ناصره القضاء دوماً، فضلاً عن كثرة من الفقهاء. وهو الرأي القائل بأن عقد الإذعان هو من حيث طبيعته القانونية عقد، وقد راعى في ذلك أن الطرف المذعن ولو كان في مركز اقتصادي أو اجتماعي أضعف بكثير من غريمه، ولو أن رضاءه يأتي على صورة التسليم بشروطه من غير مناقشة فيما لا يتمثل في رفض فكرة العقدية ذاتها، وإنما في حماية هذا الطرف الضعيف عندما تقتضيها المصلحة واعتبارات العدالة. وهو الأمر الذي عمد المشروع بالفعل إليه عندما في المادتين التاليتين))(١).

ونخلص مما سبق أن عقود الإذعان تتميز بخصائص ثلاث:

---

(١) يقصد هنا المادة (٤١)، (٤٢) من القانون المدني الكويتي.

١- أن يكون أحد الطرفين في مركز اقتصادي قوي لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي.

٢- وأن يتعلق العقد بسلعة أو مرافق تعتبر من الضرورات الأولية بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين.

٣- وأن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي يقبل جملة أو يرفض جملة يوجه إلى الناس كافة وبصفة مستمرة(١).

ولا يمكن إنكار صفة العقد على عقد الإذعان، لأنه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية. ولا يمكن حماية الطرف المذعن تمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها؛ بل إن العلاج الناجح هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي. ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معا: الأولى وسيلة اقتصادية، فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر، والثانية وسيلة تشريعية بتدخل المشرع لتنظيم عقود الإذعان(٢).

ولقد سلك المشرع الكويتي الوسيلة الثانية فمهد الطريق للقضاء الكويتي ليخطو خطوات في حماية الجانب المذعن. وتتمثل الحماية التي يسبغها القانون على الطرف الضعيف في عقود الإذعان؛ أي الطرف المذعن في مظهرين أساسيين هما:

أولاً – الحماية من الشروط التعسفية:

قد تتضمن عقود الإذعان شروط تعسفية جائرة بالنسبة للطرف المذعن، وكثيراً ما يحدث ذلك في الواقع. وهذا ما دعا الفكر القانوني إلى ان يعمل جاهداً في سبيل حماية الطرف المذعن من تلك الشروط. وقد جاء القانون المدني الكويتي يضعف الحماية بسخاء في هذا المجال، فنصت المادة (٨١) منه على أنه: ((إذا تم

---

(١) الصده، عبدالمنعم فرج، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص١١٠، انظر أيضاً السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج١، المرجع السابق، ص٢٢٩ فقرة (١١٦).

(٢) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج١، المرجع السابق، ص٢٣٢ فقرة (١١٧).

العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناءً على طلب الطرف المذعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها، أو يعفيه كلياً منها ولو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)).

فالمظهر الأساسي للحماية التي يضيفها القانون على الطرف المذعن تتمثل في رفع الضرر الذي من شأن إعمال ما قد يتضمنه العقد من شروط تعسفية أن يلحقه به، وذلك بتخويله الحق في أن يرفع الأمر إلى القضاء، طالباً منه الحكم بتعديل تلك الشروط بما يرفع عنه اجحافها، أو إعفائه كلياً منها، على نحو ما تقتضيه العدالة ونزاهة التعامل وحسن النية(١).

وتعتبر الشروط تعسفية كما جاء في المذكرة الإيضاحية أنه: ((إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسدد التعامل من شرف ونزاهة أو مع ما يستوجبه من مراعاة مقتضيات حسن النية)).

والحق الذي يقرره القانون للطرف المذعن في تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد بما يرفع عنه إجحافها، أو في إعفائه من تلك الشروط، هذا الحق يتعلق بالنظام العام، إذ إنه يستهدف حماية الضعفاء من الناس من صور القوى الاقتصادية الكبرى، وإذا كان ذلك كذلك فإن الحق في تعديل الشروط التعسفية أو في الإعفاء منها يثبت للطرف المذعن، ولو تضمن عقد الإذعان الاتفاق على غير ذلك، إذ إن مثل هذا الاتفاق يقع باطلاً(٢). وذلك مثلاً إذا اشترط الطرف القوي الإعفاء من المسؤولية عن أحد الشروط التي يتضمنها العقد مثلاً، فإن هذا الاتفاق باطل إذا كان هذا الشرط يتصف بالتعسف.

ويلاحظ أخيراً على المادة (٨١) من القانون المدني الكويتي، أن القانون، وهو يتيح للقاضي، بناءً على طلب الطرف المذعن، أن يعدل الشروط التعسفية بما يرفع هذا الأخير إجحافها، أو يعفيه كلياً منها، وإن القانون، وهو يفعل ذلك، يخص عقود الإذعان بحكم خطير عن طريق منح القاضي سلطة تتجاوز إلى حد كبير المألوف من سلطته، فهو يمنح القاضي هنا سلطة تعديل الشرط التعسفي بل إلغائه، إذا اقتضت العدالة منه

---

(١) عبد الباقي، عبد الفتاح، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص١٨٧ فقرة (٨٥).

(٢) عبد الباقي، عبد الفتاح، المرجع السابق، ص١٨٨.

ذلك. في حين أن مهمته، وفقاً للقواعد العامة تقتصر في شأن العقود، على مجرد تفسيرها، بغية إعمال حكم القانون فيها، دون أن يترخص له في أن يجري تعديلاً فيها أو إهداراً لشروطها(١).

فقد أعطى القانون المدني الكويتي إذن الحق في تدخل القضاء في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان بناءً على طلب الطرف المذعن وذلك حماية لهذا الطرف الضعيف من الجور والظلم الذي يلحق به نتيجة هذه الشروط ، كما منحه الحق في إبطال أي شرط للإعفاء من المسؤولية عن أحد هذه الشروط.

ثانياً – تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن:

بالإضافة إلى المظهر السابق من مظاهر الحماية للطرف المذعن في عقد الإذعان، يقرر القانون له مظهراً آخر من مظاهر الحماية، ويتمثل هذا المظهر الجديد في وجوب تفسير الشك إن وجد، في مصلحة الطرف المذعن، وفي ذلك تقضي المادة (٨٢) مدني كويتي بأنه: ((في عقود الإذعان يفسر الشك دائماً في مصلحة الطرف المذعن)).

وبناءً على هذا، إذا وقع شك في شرط من شروط عقد الإذعان، فإنه يفسر لمصلحة الطرف المذعن سواءً أكان دائناً أم مديناً.

ويتضح من نص المادة (٨١) مدني كويتي، أنه يعتبر أداة قوية في يد القاضي يحمي بها الطرف الضعيف من تلك الشروط التعسفية التي يفرضها على المدين، ولا توجد شروط أكثر تعسفاً وأشد قوة من الشروط التي يفرضها الطرف القوي (قد يكون شركة تحتكر الخدمة) على الطرف الضعيف ليعفي بها نفسه من المسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها أو يرتكبها تابعه. وعليه إذا ورد شرط الإعفاء في عقد من عقود الإذعان جاز للطرف المذعن أن يطلب من القضاء تخفيضه أو إبطاله. وللقاضي إذا رأى أن شرط الإعفاء شرط تعسفي جاز له بمقتضى النص المذكور أن يعدل هذا الشرط بل وله أن يلغيه ويعفي الطرف المذعن عنه وهو وحدة الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أو غير تعسف ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة التمييز.

---

(١) المرجع السابق، ص١٨٩.

وتعد المادة (٨١) من القانون المدني الكويتي قيدا على المادة (٢٩٦) من القانون المدني الكويتي نفسه، يمارسه القاضي متى رأى لزوماً لذلك وفقا لسلطته التقديرية.

- التفسير الضيق لشروط الإعفاء من المسؤولية العقدية:

ومن مظاهر الحماية الأخرى تدخل القاضي بالتفسير الضيق لاتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، فمن الملاحظ أن القضاء المصري في ظل التقنين المدني السابق، قد أخذ بمبدأ التفسير الضيق لاتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، ذلك أن هذه الاتفاقات تعد استثناءً من المبادئ العامة في المسؤولية العقدية، والاستثناء كما هو معلوم لا يتوسع في تفسيره. وتطبيقاً لذلك فقد نصت محكمة الاستئناف المختلطة بأن ((بند الإهمال الذي لم يقصد به في عقد النقل، سوى أخطار البحر، وحددت فيه أخطاء الربان والبحارة في قيادة السفينة، ولا ينطبق على حالته سوى ترتيب البضائع في السفينة))(١).

وقضت أيضاً محكمة الاستئناف المختلط أن: ((البند الذي ترفع إدارة المصرف بمقتضاه مسؤوليتها عن المخالفات والأغلاط، والتأخير في فصل الرسالة التي تبعث بها العميل، لا ينطبق إلا على الخطأ الذي يقع في توصيلها إليه، لا على خطأ مستخدمي البنك في إعداد البرقية، الذي ترتب عليه تعطيل أسالها إليه))(٢).

كما قضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأن: ((البند الذي يرفع الناقل بمقتضاه مسؤوليته عن ضياع البضاعة، وجميع الأضرار التي تلحقها بسبب التأخير، لا يشمل سوى الأضرار المادية، كالعيب، أو التلف، الذي يلحق البضائع، ولا يحول، من ثم دون المطالبة بتعويض الأضرار التي تترتب على نقص قيمة البضائع، تبعاً لانخفاض سعرها، في أثناء التأخير الطويل))(٣).

وأخذ القضاء الأصلي المصري أيضاً بمبدأ التفسير الضيق لاتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، فقضت محكمة القاهرة الابتدائية بأن ((البند الذي حددت فيه مصلحة البريد مسؤوليتها عن فقد الخطابات

---

(١) استئناف مختلط في ٢/٢/١٩٢٧م، مجلة التشريع والقضاء المختلط، س٣٩، ص٢٠٩.
(٢) استئناف مختلط في ٩/١٢/١٩٢٥م، المرجع السابق، س٣٨، ص٩١.
(٣) الإسكندرية التجارية المختلطة في ٣/١٢/١٩٢٣م، مجلة القانون البحري المقارن، ج٥، ص٢٣٥.

الموحى عليها، بمبلغ مائتي قرش، لا ينطبق على سرقة الخطابات بمعرفة العامل الذي تسلم إليه، لأن الفرق ظاهر بين الضياع والسرقة))(١).

وقضت أيضاً محكمة استئناف القاهرة بأن: ((البند الذي ينص فيه على أن متعهد توريد العمال، لمصلحة السكك الحديدية، يكون مسؤولاً وحده، عن الإصابات التي تلحق عماله في أثناء تأدية أعمالهم، لا ينطبق إلا على الإصابات التي تكون المسؤولية فيها دافعة عليه وعلى المصلحة معاً ، بأن كانت متسببة عن خطئها أو تقصيرها معاً، أي في حالة المسؤولية المشتركة فقط، أما الإصابات التي تحصل بخطأ نفس المصلحة ولا دخل للمتعهد فيها، فإنها تبقى بعيدة عن حكم هذا الشرط، يجري عليها حكم القانون العام))(٢).

يتضح من هذه الأحكام أن القاضي تدخل، لتحديد المقصود بالشرط الموجود في العقد، دون التوسع في تفسير هذا الشرط أو القياس عليه.

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية في ٢٨/١٠/١٩٠٧م، المجموعة الرسمية، س٩، رقم١٧.

(٢) محكمة استئناف القاهرة في ١٢/٢/١٩٢٨م، المحاماة، س٩، رقم٢٥.

الفصل الخامس

خاتمة: النتائج والتوصيات

أولاً – الخاتمة:

تناول هذا البحث دراسة الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة مع القانون المدني الأردني، وذلك في خمسة فصول.

وقد تناول الفصل الأول مقدمة الدراسة، ثم عالجنا في الفصل الثاني التعويض والتمييز بين نظام شروط الإعفاء من المسؤولية وغيره من النظم المشابهة، وذلك في مبحثين.

تناول المبحث الأول ماهية التعويض وأنواعه في مطلبين، وتعرضنا في المطلب الأول منها لتعريف التعويض وطرقه ورأينا أن التعويض هو جبر الضرر الذي يصيب الغير في نفسه أو ماله، فالتعويض هو جزاء الانحراف الحادث في السلوك الذي تسبب في ضرر للغير، وبالتالي يجب أن يتحمل المسؤول في ذمته بكل نتائج هذا الانحراف أي بتعويض كل الأضرار التي لحقت بالمضرور. كما تناول هذا المطلب طرق التعويض، ورأينا أن التعويض إما يكون عينياً أو مثلياً أو قيمياً. ورأينا أن التعويض العيني هو خير وسيلة لجبر الضرر، حيث أن هذه الطريقة تقوم بإصلاح الضرر بإزالة مصدره من الأصل، ذلك بأن يقدم المسؤول للمضرور سيارة بدل السيارة التالفة. ورغم أن هذه الطريقة هي الأفضل في تعويض الضرر، إلا أن القانون المدني الكويتي اعتبر التعويض النقدي هو الأصل، وأن التعويض العيني يقرر تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور.

وعالجنا في هذا المطلب شروط التعويض العيني وتمثلت في أن يكون التعويض العيني ممكناً، وأن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين، وأن يعذر الدائن المدين، وأن يطلب الدائن من المدين التنفيذ العيني لالتزامه.

وتناولنا في المطلب الثاني خصائص التعويض وأنواعه، ورأينا أن التعويض يتميز بخاصتين أولهما الردع وثانيهما الإصلاح، فالتعويض الرادع يمثل الجزاء للمسؤول عن الضرر الذي أصاب الغير، بحيث يردع غيره

من الوقوع في هذا الخطأ الذي ترتب عليه التعويض، وكذلك يقوم التعويض بدور إصلاحي وذلك بإزالة الضرر بقدر الإمكان وإعادة الحال إلى ما كان عليه إن أمكن ذلك، فالتعويض الإصلاحي يقوم على مبدأين أساسين هما كفالة التعويض، وعدالته وما يترتب عليها من مبادئ هامة، كعدم جواز الجمع بين تعويضين مثل مبلغ التأمين والتعويض، وعدم اعتبار الجمع بين الدية والتعويض الأدبي تعويضين عن ضرر واحد. أما عن أنواع التعويض من حيث كيفية تقديره فهي إما، بتعويض موضوعي، أو التعويض الواقعي أو التعويض الكامل أو التعويض العادل.

وتناول المبحث الثاني التمييز بين نظام شروط الإعفاء من المسؤولية وغيره من النظم المشابهة، وعرضنا في المطلب الأول التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية وشروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، ورأينا أن أول اختلاف بينهما في الأساس القانوني لكل منهما، فالمسؤولية العقدية أساسها إخلال أحد المتعاقدين بالتزام ناشئ عن العقد، أما المسؤولية التقصيرية فأساسها الإخلال بالواجب القانوني المفروض على الكافة، وهو عدم إحداث ضرر بالغير.

ومن أوجه اختلاف جواز الاتفاق مقدماً في العقد على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، إعفاءاً، أو تخفيفاً، أو تشديداً، بينهما لا يجوز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية إعفاء أو تخفيفاً، وإن كان يجوز الاتفاق على التشديد من هذه الأحكام. وهذا ما يأخذ به القانون المدني الكويتي والأردني والمصري.

وتناول المطلب الثاني، التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية وشروط إعفاء المتعاقدين من الالتزام الناشئ عن العقد. ففي حالة الاتفاق بين طرفي العقد على إعفاء أحدهما من أحد الالتزامات الناشئة من العقد، فإن المتعاقد المعفى لا يلتزم بشيء، أما في حالة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، فإن المتعاقد المعفي يلتزم بتنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد أيا كان نوع هذا الالتزام ، ولكنه لا يكون عن الالتزام بالتعويض في حالة إخلاله بتنفيذ الالتزام.

وتناول المطلب الثالث التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية والتأمين من المسؤولية، وتبين لنا أن في

شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فإن المسؤول يتخلص من هذه المسؤولية، كلياً، أو جزئياً، دون أن يتحملها شخص آخر. أما في نظام التأمين على المسؤولية، فإن المسؤول لا يتخلص من هذه المسؤولية، وإنما يدعمها عن طريق التأمين عليها لدى شركة التأمين. فالتأمين على المسؤولية يضمن للمضرور الحق في التعويض، في حين أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية لا يضمن له هذا الحق.

ثم عالج الفصل الثالث الإعفاء من التعويض في المسؤولية العقدية في القانون المدني الكويتي وذلك في مبحثين.

وتناول المبحث الأول ماهية الإعفاء من المسؤولية العقدية وشروطها في مطلبين، تناول المطلب الأول ماهية الإعفاء من المسؤولية العقدية وقد بينا فيه الأركان التي تقوم عليها المسؤولية العقدية وهي الخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية، فإذا توافرت هذه الأركان قامت المسؤولية وكان جزاؤها التعويض. وتسقط المسؤولية لسقوط أحد أركانها. ورأينا أن الإعفاء من المسؤولية العقدية تكون عن طريق اتفاقات الإعفاء منها وقد أجاز القانون المدني الكويتي هذه الاتفاقات وفقاً للمادة (٢٩٦/١) منه.

وتناول المطلب الثاني شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ورأينا أن هذه الشروط هي اتفاقات بين طرفي العقد، يتنازل أحد الطرفين عن حقه في التعويض إذا أصابه ضرر من الطرف الآخر، وذلك بعد توافر أركان المسؤولية في حقه وعرضنا في هذا المطلب لمزايا ومساوئ شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، كما بينا في هذا المطلب صور شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية.

وعالج المبحث الثاني أثر اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية وذلك في ثلاثة مطالب:

وقد اشتمل المطلب الأول على آثار اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية من حيث الموضوع، وعالجنا أثر هذه الاتفاقات من حيث عبء الإثبات، ومن حيث الخبرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية.

وتناول المطلب الثاني أثر شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية من حيث الأشخاص، وبينا فيه الأشخاص الذين يحتج أمامهم بشروط الإعفاء من المسؤولية العقدية.

وتناول المطلب الثالث الذين أثر بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية على العقد، وبينا صور بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية وأثرها على العقد.

وعالج الفصل الرابع الإعفاء من التعويض في المسؤولية التقصيرية، وذلك في مبحثين.

وقد اشتمل المبحث الأول على ماهية الإعفاء من المسؤولية التقصيرية وشروطها وذلك في مطلبين، تناول المطلب الأول تعريف الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، وقد بينا في بداية المبحث الأركان التي تقوم عليها المسؤولية التقصيرية، فإذا تحققت يتقرر للمضرور الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه، ورأينا أن الأصل في المسؤولية التقصيرية أن لا يعفى المخطئ ولا يرفع عنه تبعة خطئه ولا يخففها أن يكون قد اتفق مع المصاب مقدما قبل وقوع الخطأ على عدم مسؤوليته عن خطئه أو عدم حصر هذه المسؤولية في مبلغ معين من المال، لأن القواعد التي ترتب المسؤولية المدنية الناشئة عن الخطأ يفرضها النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. ورأينا أن القانون المصري (م٢١٧/٣) والقانون المدني الأردني (م-٢٧)، والقانون المدني الكويتي (م٢٥٤) يبطل شروط الإعفاء في المسؤولية التقصيرية عن الفعل غير المشروع.

وتناول المطلب الثاني شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، وتم عرض صور اتفاقات الإعفاء من المسؤولية التقصيرية التي يمكن أن تقع في واقع الحياة، ومنها اتفاق صاحب مصنع مع جيرانه على رفع المسؤولية عنه في مقابل عوض، عن الأضرار التي تصيب جيران المصنع من الأدخنة والضوضاء.

واشتمل المبحث الثاني على القيود التشريعية والقضائية الطارئة على مبدأ صحة شروط الإعفاء من المسؤولية وذلك في ثلاثة مطالب.

تناول المطلب الأول بطلان شروط الإعفاء في حالات الضرر الجسماني، ورأينا بطلان هذا الشرط لتعلقها بالنظام العام.

وتناول المطلب الثاني تدخل المشرع في بطلان شروط الإعفاء من بعض القيود، وعرضنا أمثلة لهذه العقود.

وتناول المطلب الثالث تدخل القضاء في إبطال الشروط التي تتضمنها عقود الإذعان، وعرضنا مظاهر الحماية التي منحها المشرع للقاضي لحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان.

ثانياً – النتائج :

نخلص فيما يلي لأهم النتائج التي كشف عنها البحث:

١- إن التعويض هو جزاء المسؤولية وهو جبر الضرر الذي يصيب الغير في نفسه أو ماله، وإن المسؤولية لها أركان ثلاثة متى تحققت كان للمضرور مطالبة المسؤول بدفع التعويض.

٢- إن التعويض العيني هو خير وسيلة لإزالة الضرر ورغم ذلك فإن القانون المدني الكويتي اعتبر التعويض النقدي هو الأصل وإن التعويض العيني يقرر تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور (م٢٤٦).

٣- إن طرق التعويض إما أن تكون عينية أو مثلية أو قيمية، وأن التعويض يتميز بالردع والإصلاح، وأن أنواعه من حيث كيفية تقديره هي، التعويض الموضوعي، والتعويض الواقعي، والتعويض الكامل، والتعويض العادل.

٤- إن المسؤولية المدنية تسقط بالسبب الأجنبي الذي يتمثل في القوة القاهرة، الحادث المفاجئ، فعل المضرور (م٢٣٦) مدني كويتي.

٥- إن شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية تختلف عن شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية من حيث أساسها القانوني، ومن حيث جوازها في المسؤولية العقدية وبطلانها في المسؤولية التقصيرية.

٦- ترجع أهمية التمييز بين شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية وشروط الإعفاء من التزام ناشئ عن العقد، إلى أن المدين في الحالة الثانية يكون بريء الذمة من الالتزام، ولا يمكن من ثم أن يكون في أي حال، مسؤولاً عن عدم تنفيذه. أما شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية فلا يترتب عليها هذا الأثر الحاسم، ولا يعفى المدين بمقتضى البند الموجود في العقد، في كل الأحوال إعفاء كاملاً إذا لم ينفذ التزامه؛ بل يظل

مسؤولاً عن غشه وعن خطئه الجسيم.

٧- إن شروط الإعفاء تكون غير صحيحة إذا قامت على مخالفة نصوص آمرة، أو التزامات جوهرية يقوم عليها العقد.

٨- في نظام الإعفاء من المسؤولية، فإن مرتكب الخطأ يتخلص من هذه المسؤولية، كلياً أو جزئياً دون أن يتحملها شخص آخر، أما في نظام التأمين من المسؤولية فإن مرتكب الخطأ لا يتخلص من هذه المسؤولية وإنما يدعمها عن طريق التأمين عليها لدى شركة التأمين، فالتأمين من المسئولية يسمح لمرتكب الخطأ بتنفيذ التزامه بالتعويض، وذلك على عكس الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف عنها. وبالتالي فإن التأمين من المسؤولية يضمن للمضرور الحق في التعويض، في حين أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية لا يضمن هذا الحق.

٩- إن كل من القانون المصري والأردني والكويتي أقروا بصحة شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية كمبدأ عام، مع وجود استثناءات على هذا المبدأ العام.

١٠- في القانون الكويتي تجد هذه الشروط سندها القانوني في النص عليها في المادة (٢٩٦)، من القانون المدني حيث تجيز الفقرة الأولى من هذه المادة الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسوؤلية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم، ووفقاً للفقرة الثانية من نفس المادة، فيجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

١١- تبين لنا من أثر اتفاق الإعفاء عن المسؤولية العقدية على المسؤولية التقصيرية، أن هذا الأثر يختلف طبقًا للأخذ بمبدأ الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، أو عدم الأخذ بهذا المبدأ.

١٢- كما تبين لنا أن بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا يترتب عليه بطلان العقد المشتمل على هذا الاتفاق وذلك كقاعدة عامة، واستثناءً من هذه القاعدة العامة، فإن بطلان شروط الإعفاء من

المسؤولية العقدية قد تستوجب في بعض الأحيان بطلان العقد، إذا كانت هذه الشروط مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، أو القانون، وكان العقد معلقاً على هذا الاتفاق باعتباره شرطا واقفاً.

١٣- ترفض التشريعات فكرة الاتفاق مقدما على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية (م٢١٧/٣) مدني مصري، (م٢٧٠) مدني أردني، (م٢٥٤) مدني كويتي.

١٤- إن دفع المسؤول أمام القضاء بشرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية هو دفع غير جوهري، ينص على بطلان هذه الشروط في القانون صراحةً.

١٥- إن بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، يتأسس على فكرة هامة هي: لا يجوز أن يكون تطبيق القواعد الأساسية للنظام القانوني في الجماعة معلقاً على مشيئة الأفراد، وقواعد المسؤولية التقصيرية تقيم توازناً بين حرية الأفراد في نشاطهم والأمن الواجب توفره لغيرهم، هذا التوازن أساسي للحياة الاجتماعية، ولا يمكن السماح للأفراد زعزعته عن طريق استبعاد أو تعديل قواعده بالاتفاق بينهم.

١٦- تبطل شروط الإعفاء في المسؤولية العقدية عن الضرر الجسماني، وذلك حماية لسلامة جسم الإنسان من الاعتداء عليه.

١٧- أباح المشرع الكويتي للقاضي التدخل في عقود الإذعان حماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية التي تتضمنها شروط الإعفاء.

ثالثاً – التوصيات:

١ - ظهر لنا أن المادة (٢٩٦/٢) من القانون المدني الكويتي، قد جاءت بقاعدة جديدة وهي جواز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية العقدية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه أحد مساعديه، وهذه الشروط تدفع الشركات التي تدرج هذه الشروط من إعفاء عمالها من أخطائهم إلى عدم المبالاة في اختيارهم، كما أنها تتنافى مع العدالة، إذ تؤدي إلى نزول الدائن من حقه في التعويض عن الضرر الذي يصيبه نتيجة الغش أو الخطأ الجسيم المرتكب من قبل أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، كذلك

فإن هذه القاعدة لا تتفق مع النظر إلى اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية باعتبارها قد أجيزت على سبيل الاستثناء من الأصل العام، وهي مسؤولية المدين عن الإخلال في تنفيذ التزامه التعاقدي، سواء وقع هذا الإخلال منه أو من أحد تابعيه.

لذلك نرى أن المشرع الكويتي لم يكن موفقاً في وضع هذه القاعدة، ونوصي بإلغائها، والنص على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم سواء وقع من المدين أو من مساعديه.

٢- ونوصي أخيراً المشرع الكويتي بالنص صراحةً على بطلان جميع شروط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية حينما يقع الضرر على جسم الإنسان.

قائمة المراجع

الكتب:

- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.

- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، ١٩٩٥م، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، جامعة الكويت، الكويت.

- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، ١٩٩٥م، المسؤولية المدنية والإثراء دون سبب، مؤسسة دار الكتب، الكويت.

- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، د. ت.، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي ، دار النهضة العربية، القاهرة.

- الأهواني، حسام الدين كامل، ١٩٨٩م، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، جامعة الكويت، الكويت.

- الجبوري، ياسين محمد، ٢٠٠٣م، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني– آثار الحقوق الشخصية – أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

- الجمال، مصطفى محمد، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية.

- الخفيف، الشيخ علي، ١٩٧١م، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة.

- السنهوري، عبدالرزاق أحمد، ١٩٥٢م، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، القاهرة.

- السنهوري، عبدالرزاق أحمد، ١٩٨١م، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة.

- الشواربي، عبد الحميد الديناصوري، عز الدين، ١٩٨٨م، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة.

- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد الشوكاني الصنعائي، نيل الأوطار، ج٥.

- الصده، عبد المنعم فرج، ١٩٨٤م، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة.

- الطباخ، شريف، ٢٠٠٧م، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء النقيب، عامر، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، د.ت.

- القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ، الفروق، دار احياء الكتب العربية، القاهرة.

- الكاساني، علاء الدين أبي بكر الكاساني، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، الجمالية، القاهرة، ١٣٢٨هـ.

- اللصاصمة، عبد العزيز، ٢٠٠٢م، نظرية الالتزامات في القانون المدني المقارن – المسؤولية المدنية، التقصيرية، العمل الضار، أساس وشروط ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

- النجار، عبد الله مبروك، ٢٠٠١ – ٢٠٠٢م، مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية، دار النهضة العربية، القاهرة.

- النشار، محمد فتح الله، ٢٠٠٢م، حق المدني الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكنرية.

- بوساق، محمد بن المدني، ١٤١٩هـ، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار أشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض.

- زكي، محمود جمال الدين، ١٩٩٠م، مشكلات المسئولية المدنية، ج٢، مطبعة جامعة القاهرة.

- زيدان، زكي زكي حسين، ٢٠٠٤م، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

- دسوقي، محمد ابراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دون بيانات النشر.

- سامي، أسماء مدحت، ٢٠٠٦م، الإعفاء من المسؤولية في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع

(فيننا)، دار النهضة العربية، القاهرة.

- صالح، محمد، ١٩٩٣م، شرح القانون التجاري المصري، ج١، ط٣، مطبعة الإعتماد، القاهرة.

- عابدين، ٢٠٠٢م، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية.

- عامر، حسين وعامر عبدالرحيم، ١٩٧٩م، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، القاهرة، ط٢.

- عبد الباقي، عبد الفتاح، د. ت، مصادر الالتزام في القانون الكويتي مع المقارنة بالفقه الإسلامي وأحكام المجلة، كلية الحقوق والشريعة، الكويت.

- عبد الباقي، عبد الفتاح، ١٩٨٨م، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي – نظرية العقد والارادة المنفردة، دار الكتاب الحديث، الكويت.

- عبد الرحمن، أحمد شوقي محمد، ٢٠٠٢م، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية، دراسة فقهية وقضائية، د. ن، د. ت.

- عمران، محمد علي، ١٩٨٠م، الالتزام بضمان السلامة، دار النهضة العربية، القاهرة.

- مأمون، عبد الرشيد، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، د . ت.

- مرعي، مصطفى، ١٩٣٦م، المسؤولية المدنية في القانون المصري، مطبعة نوري، القاهرة.

- مرقس، سليمان، العقد والعمل غير مشروع، دون بيانات نشر.

- يحيى، ياسمين محمد، ١٩٩٢م، اتفاقات الاعفاء بين المسؤولية العقدية في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية القاهرة.

- يونس، علي حسن، ١٩٦٥م، عقد النقل، دار الفكر العربي، القاهرة.

ثانياً – رسائل الدكتوراه:

- الشامي، محمد حسين، ١٩٩٠م، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة.

- المحاقري، اسماعيل محمد علي، ١٩٩٦م، الاعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني، مقارناً بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية، د. ن، د. م.

- بهنساوي، صفوت ناجي عبد القادر، د. ت، النظام القانوني لمسؤولية الناقل الجوي عن سلامة المسافرين ، جامعة القاهرة، القاهرة.

- فيض الله، محمد فوزي، ١٩٦٣م، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة.

- واصف، سعد، ١٩٥٨م، التأمين من المسؤولية، جامعة القاهرة، القاهرة.

ثالثاً – المعاجم و الموسوعات:

- الرازي، الامام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، ١٩٩٥م، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت.

- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، ٢٠٠١م، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت،.

- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الثاني.

- الموسوعة الفقهية، الجزء الحادي والثلاثون ، اصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

رابعاً – الدوريات والأحكام والقوانين:

- الدريعي، سامي عبد الله، ٢٠٠٢م، بعض المشكلات التي يثيرها التقدير القضائي للتعويض، مجلة الحقوق – العدد الرابع – السنة السادسة والعشرون، جامعة الكويت، الكويت.

- المحامي، مجلة شهرية تصدر عن جمعية المحامين الكويتية، السنة الثانية، العددان الرابع والخامس/ سبتمبر/ أكتوبر/ ١٩٧٨م.

- زكي، محمود جمال الدين، اتفاقات المسؤولية، مجلة القانون والاقتصاد، س٣٠، العدد (٣)، جامعة القاهرة،

القاهرة.

- عبد الباقي، عبد الفتاح، تحديد الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية في ظل القانون الكويتي والقانون المعاصر مع المقارنة بأحكام الفقه الاسلامي.

- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الرابع، المجلد الثالث، المكتب الفني بوزارة العدل، الكويت، ٢٠٠٤م.

- القانون المدني الأردني.

- القانون المدني الكويتي.

- القانون المدني المصري.

- المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي.